الوسيط في المذهب

تصنيف

الشيخ الإمام حجة الإسلام

محمد بن محمد بن محمد الغزالي

المتوفى ٥٠٥ هـ

وبهامشه

التنقيح في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي

شرح مشكل الوسيط للإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح

شرح مشكلات الوسيط للإمام موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي

تعليقة موجزة على الوسيط للإمام ابراهيم بن عبد الله بن أبي الدم

وكلها تنشر لأول مرة

حققه وعلق عليه

أحمد محمود ابراهيم

المجلد الثالث

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار
120 شارع الأزهر - ص.ب 161 الغورية
ت 5932820 - 2704280 - 2741578 فاكس 2741750

الطبعة الأولى 1417هـ - 1997م

رقم الإيداع 96/13868
الترقيم الدولي .I.S.B.N
977-5147-73-5

كتاب البيع [1]

[2] لقد أحلَّ اللّٰهُ البيعَ [2] ، واجتمعتِ [3] الأمةُ على كونهِ سببًا لإفادةِ المِلْك .

والنظرُ في أحكامه يتعلق بخمسةِ أقسامٍ :

القسم [4] الأول : في صحته وفساده .

والثاني : في لزومه وجوازه .

والثالث : في حكمهِ قبل القبض وبعدَهُ .

والرابعُ : فيما يقتضيهِ مطلقُ ألفاظِهِ في الثمار والأشجار ، واستتباع الأصول الفروع .

والخامسُ : في مداينة العبيدِ وتصرفاتهم .

---

(١) زاد في (ب) قبل عنوان الكتاب قوله : « بسم اللّٰه الرحمن الرحيم ، رب يَسِّر ولا تُعَسِّر » .

(٢) في (ب) : « والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ . وهذا جزء من الآية (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٣) في (أ ، ب) : « وأَجْمَعَت » .

(٤) « القسم » : ليست في (أ) .



القسم الأول في بيان صحتِهِ وفسادِهِ

(وفيه أربعة أبواب)

الباب الأول

في أركان البيع

وهي ثلاثة :

العاقد ، والمعقود [عليه] [١] ، وصيغة العقد ، فلا بُدَّ منها لوجود صورة العقد . [٢]

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قال الإمام الغزالي - رحمه اللّه - : (أركان البيع ثلاثة) إلى آخر ما قال .

قلت : الإمام الغزالي - رحمه اللّه - تصرَّف في استعماله لفظ (الركن) ، وكرره في تصانيفه ، وقد أشكل على الأكثرين تحقيقُه ، ومع كثرة تداولِهِ في تصنيفه لم أجد أحدًا تقدَّم بكشفه من أهل العناية بكلامه .

ووجه الإشكال : أن ركن الشيء - عند الغزالي وغيره - ما رُكِّبَتْ حقيقةُ الشيء منه ومن غيره ، ثم إنه لا يزال في أمثال هذا يستعمل (الركن) فيما ليس جزءًا من الحقيقة ، كما فعله هاهنا ، فإنه عَدَّ العاقد والمعقود عليه من أركان عقد البيع ، وليسا داخِلَيْنِ في حقيقته قطعًا .

وليس يستقيم أن يقال : إنه تَجَوَّزَ ، وأراد به ما لابد منه في البيع مثلًا ، فإنه يبطل بالزمان والمكان ويبطل بالشروط فإنها لابد منها ، وهو يجعلها غير الأركان .

فأقول - واللّه الموفق - : إن ركن الشيء - فيما نحن بصدده - عبارة عما لابد لذلك الشيء منه في وجود صورته عقلًا ، إما لكونه داخلًا في حقيقته أو لازمًا له به اختصاص .

وقولي : (لابد منه في وجود صورته) فيه احتراز عن الشرط ، فإنه لابد منه في وجود صحته شرعًا لا في وجود صورته حِسًّا ، وذلك فيما نحن فيه ، لكون الشرط معلومًا منتفعا به وسائر ما يذكر في قسم الشروط . فإنّ صورة العقد موجودة بدون كل ذلك ، لكنْ لا توجد صحته شرعا بدونها ، فهذا ضبط الفرق بين الركن والشرط . ومن أجل هذا اعتذر في كتاب النكاح من عَدِّهِ الشهادة في الأركان ، فقال : (هي شرط ، لكن تَسَاهلنا بتسميتها ركنًا) .

وقولنا : (لكونه داخلًا في حقيقته أو لازمًا له به اختصاص) احترزنا به عن الزمان والمكان ونحوهما=

= من الأمور العامة التي لابد منها ، فقد حوينا بذلك العاقد والمعقود عليه وصيغة العقد ، فإنها لا تخرج عن ذلك . وينبغي أن نقول : (وصيغة العقد أو ما في معنى الصيغة) ، كما قال في « البسيط » : لأن معنى الصيغة من قبيل الشرط ، واللّه أعلم .

هذا مشكل عسير قد مَنَّ اللّه عليَّ بكشفه ، فلا تحتقره فإنه مع كثرة تدواره في كلام الغزالي لم أجد أحدًا تَقَدَّمني إلى كشفه مع كثرة تكرره ، ولم أقع عليه إلا بعد مدة مديدة » . مشكل الوسيط (٤٨/٢ أ – ٤٨ب) .

وقد ناقش الحمويُّ هذا النص نفسه للغزالي بقوله : « ما ذكره الشيخ [يعني : الغزالي] يرد عليه ثلاثةُ إشكالات : أحدها : أنه جعل العاقد ركنًا في البيع ، ولم يجعل المصلي ركنًا في الصلاة ، ومعلوم أن ذلك لا يتأتى إلا به . الثاني : أنه خَصَّ الصيغة بوجود صورة العقد ، ومعلوم أنه لابد منه في العاقد والمعقود عليه . الثالث : أنه ذكر الركن الأول الصيغة ، ومعلوم أنها آخر الأركان كما لا يخفى .

طريق الجواب عن الأول أن يقال : للشيخ – رحمه اللّه – في ذلك طريق يُنَزَّل عليه جميع ما في الكتاب وما في معناه ، وذلك أن الصلاة لما كانت كلها صفات الفاعل لم يحتج إلى ذكر الذات ، لقيام الصفات مقام الذات ، كما لو قال إنسان : مررت بعالم ، فإنه يَسُدُّ مَسَدَّ قوله : برجلٍ ، ويزيد عليه بالعَلَمية . وأما إذا كانت كلها ليست بصفة لشيء واحد أو بعضها ، فإنه لابد أن يذكرها جميعها لامتناع كونها صفة لشيء واحد ، بخلاف الأول .

فإن بنينا على الأول اقتضى ألا يذكر المصلي ، وكذلك الصائم والحاج ؛ لتعلق صفاته به ، فإن أركان الحج : الإحرام والوقوف بعرفة والطواف والسعي ، وكلها صفات له ، فعلى هذا يكون في سائر الأبواب ، وكذلك ما يجري مجراه .

وإن بنينا على الثاني اقتضى – في مسألة الكتاب – ألا يكون باقي الأركان صفة لشيء واحد ، وأنه كان ينبغي أن يذكر للبيع ستة أركان : البائع ، والمشتري ، والمبيع ، والثمن ، والصيغة من كل واحد منهما على انفرادهما . ولكن لما كان العاقد والصيغة يقع عليهما استغني بذكرهما عنهما ، فعلى هذا يكون المعتكف فيه ركنًا ، على ما ذكره الشيخ في باب الاعتكاف ؛ لكونه لا يصلح أن يكون صفة من صفاته ، لكونه ليس من لوازمه ، ولهذا يقال : رجل معتكف في المسجد ، فهو طرف له ، فصار كما في البيع ليس وصفًا للمشتري ، وعلى العكس منه ، ولا المعقود عليه . فإن قيل : ألا يكون البيت الحرام داخلًا في الحج كاللبث في المسجد ، فيكون ركنا ؟

قلت : ليس هذا نظيره ، فإن دخول البيت ليس بركن في الحج ، بل هو مستحب ، والركن الطواف بالبيت ، وإنما الوقوف بعرفة نظيرُ الاعتكاف كما لا يخفى . هذا مع أن الموضع ليس بركن في الحج وإنما =

....

= هو شرط في الحج ؛ لأن المطلوب منه العبور في المكان ، كما في قطع المسافة ، هكذا قيل فيه .

فإن قيل : فقد ذكر الشيخ في القرض فقال : أما ركنه فالمقرض والقرض والصيغة ، ، ولم يذكر المقترِض ، ومن المعلوم أنه لابد منه ، كما في التلفظ . هذا مع أن الشيخ ذكر أن أركان العارية أربعة : الأول : المعير ، والثاني : المستعير ، والثالث : أن يكون الانتفاع به مباحًا ، والرابع : صيغة الإعارة لابد فيها من الإيجاب والقبول ، وإذا كان كذلك كان القياس في ذلك ألا يذكر المستعير ، كما لم يذكر المقترض ، أو يذكرهما جميعا .

قلت : وإن كان كذلك إلا أن ما ذكره في الإعارة هو نظير البيع ، فإنه ذكر فيه العاقد وهو يقع على البائع وعلى المشتري فكان – على هذا القياس – أن يذكر المعير والمستعير . فأما المستقرض فكان القياس أن يذكره كما في المستعير ، لكن لما كان المستعير آكد في بابه ذَكَرَه ، ويمكن أن يقال : إنما أهمله لظهوره ، وأن عليه مدار الباب ، واستغنى بما هو نظيره في باب العارية ؛ لكونه في معناه .

فإن قيل : فقد ذكر أن أركان الرهن أربعة ، ولم يذكر المرتهن ، فكان كما في المقترض . وسيأتي الكلامُ عليه أيضًا في القرض .

فإن قيل : فقد ذكر في باب الإجارة أن أركانها ثلاثة : الصيغة ، والأجرة ، والمنفعة ، ولم يذكر العاقدين؟ قلت : إلا أنه ذكر بعد ذلك فقال : أما العاقدان فلا يخفى أمرهما .

فإن قيل : فقد ذكر أن أركان الوقف أربعة ، ولم يذكر الواقف ، ومعلوم أنه لابد منه ، كما في سائر الأركان ؟ قلت : لما ذكر الشيخ الموقوفَ عليه سَدَّ مَسَدَّ الواقف ؛ لأن الألف واللام في الموقوف عليه بمعنى الذي ، ويكون تقديره : الذي وقف عليه ، وهو فعل ما لم يُسَمَّ فاعلُه ، وعليه مفعول ما لم يسم فاعله ، وهو نائب مناب الفاعل ، فعلى هذا يصير كأنه قد ذكر الفاعل وهو الواقف مع الموقوف عليه . ولما كان كذلك كان ذكر الفعل أولى من ذكر الفاعل هنا ضرورة ؛ لأنه إذا وجد المفعول وجد الفاعل ، بخلاف العكس فإنه قد يوجد الفاعل في صورة كأن الفعل غير متعدٍّ وكان ذلك أولى .

وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهرٌ ؛ لكون الصيغة إذا وجدت اجتمع بوجودها مامَرَّ ، من حيث إنها واقعة آخرًا ، وليس كذلك سائر الأركان أيضًا ، فإنما ذكرها كذلك تنبيهًا على أنها آكد عندنا في الأركان ، ليحترز به عن مذهب أبي حنيفة ، فإنه لم يجعلها ركنًا ، وبه زال الاعتراضُ .

وأما الجواب عن الإشكال الثالث فظاهرٌ ، فإنه أراد بقوله : أول كلامه ، الآن ، لا أنه ما تقدم » . مشكلات الوسيط (٧٠ أ – ٧٣ أ) .

الركن الأول : الصيغة

(وهي الإيجاب والقبول)

وسببُ اعتبارهما : الاستدلالُ بهما على الرضا ، فإنَّ الأصل هو التراضي . ولكنَّ الرضا خفيٌّ (١ فَيُنَاطُ الحكمُ بسببٍ ظاهرٍ يدلُّ عليه ١) .

ويتفرع عن [٢] هذا الأصلِ ثلاثُ مسائل ، نذكرُهَا في مَعْرِض السؤالِ .

فإن قيل : فليكتفِ بالمعاطاةِ ، فإنها دلالةٌ على الرضا في المحقَّرات . قلنا : الأفعالُ متردِّدةٌ ، ما [٣] صِيغَتْ للدلالة على الضمائر ، وإنما العباراتُ هي الموضوعةُ لهذا الغرضِ فكانَ الحكمُ منوطًا بها .

وقد ذهب أبو حنيفة - رحمه اللّه - إلى الاكتفاءِ به [في المحقرات] [٤] . وهو قولٌ خَرَّجَه ابنُ سُرَيج [٥] .

---

(١) في (أ) : « فيناط بسبب ظاهر » .

(٢) في (أ) : « على » .

(٣) زاد في (ب) كلمة : « وضعت » بعد : « ما » ولا حاجة لزيادتها ، وإن كان يمكن أن تستبدل بكلمة « صيغت » ، ويستقيم السياق .

(٤) زيادة من (ب) . وانظر التعليق التالي .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن المعاطاة ليست بيعًا سواء كانت في النفائس أو في المحقرات . واختار الإمام النووي : صحة بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بيعًا .

ومذهب الحنفية : أن البيع يصح انعقاده بالتعاطي في النفيس والخسيس على حدٍّ سواء ، وليس في الخسيس أو المحقرات فقط كما قال الغزالي . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٣٣٨ ، ٣٣٩) ، المجموع : (٩ / ١٩٠ ، ١٩١) ، ترشيح المستفيدين : (٢١٣) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٥٧) ، شرح فتح القدير : (٦ / ٢٥٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤) .

قال ابن الصلاح : « وقع في بعض المواضع التخصيص بالمحقرات ، وذلك يُشعر بعدم خلاف في غير المحقرات ، وليس كذلك ، فإن شيخه نقل تخريج ابن سريج مطلقًا ، وإنما خصص بالمحقرات في النقل عن أبي حنيفة وفي غير هذا لجماعةٍ من المصنفين الذين انتهى الاعتمادُ إلى تصانيفهم كالشيخ ابن الصباغ من العراقيين وصاحب « التهذيب » و « التتمة » في الخراسانيين ، واختاروا صحة البيع بالمعاطاة في المحقرات وغيرها . =

فإن قيل : فليكتفِ [1] بقوله : بِعْني ، وقولِ المخاطبِ : بعتُ . قلنا : فيهِ وجهانِ ، أَقْيَسُهما : الاكتفاء [به] [2] كما في النكاح [3] . والثاني : لا يُكْتَفَى بهِ ؛ لأنه قد يقول : بعني لاستبانة الرغبة ، فينوب عن قوله : هل تبيع ؟ وأما النكاحُ فلا يُقْدَمُ عليه فجأةً في غالبِ الأمرِ ، فتكون الرغبة قد ظهرَتْ من قبل .

= والمعاطاةُ معناها : أن يُعْطَي هذا السلعة فيعطيه ذلك الثمنَ ، وإن لم يُوجد لفظٌ من الجانبين ؛ إذ ظهرَ بالقرينة وجودُ الرضا بين الجانبين .

وما وجد من بعض أئمتنا من تصويرها من ذكر لفظ ، كقوله : (خذ ، وأعطني) فهو داخل في عموم ما حكيناه من القرينة ، فإن ذلك مفروض فيما إذا لم يَنْوِ البيع بهذا اللفظ الذي قُرِنَ بالعطية . أما إذا نوى به فتلك مسألة الكناية ، هل ينعقد بها البيع ؟ وفيه خلافٌ ، وإن نفينا القولَ بالمعاطاة .

فإن قيل : قوله (وكل ما يتصور الاستقلال بمقصوده) قد عطفه على الأشياء المذكورة . وذلك يُشعر ظاهرًا على الكناية ، وهو وجود غير هذه الأشياء على الصفة التي ذكرها كما هو .

قلت : الإعتاق المنجز على مال ، كقوله : أعتقتك على ألف درهم ، فقال : قبلت ، هو عقد يستقل بمقصوده ، وهذا العتق في بعض الأحوال كسائر الصور التي عددها ، فمقصود الخلع والطلاق ، ومقصود الصلح عن دم العمد عن القصاص ، ومقصود الكتابة والعتق المنجز على مال ، ويستقل بهذه المقاصد في بعض الأحوال ، وهو إذا لم يكن ذلك على سبيل المعاوضة .

ثم العلة في تصحيحها بالكناية ؛لأن هذه الأشياء تعلق بالإعراب تشوفًا إلى سبب وجودها ، فصحت لذلك بالكناية مع النية .

هذا أصح من ذلك ، فإنه ليس يبعد فهم المخاطب ؛ لأنه يعد بابها في حد المعاوضة ، يعتمد فهم المخاطب ، ولهذا لا تقع هذه المقاصد إذا لم يقبل المخاطب . ألا ترى أنه لو قال : طلقتكِ على ألف ، فلم تَفْهَمْ ولم تَقْبَلْ ، لم يقع المقصود الذي هو الطلاق .

وأما الإبراء : فلا ينبغي أن يذكره بإطلاقه مع هذه العقود المشتملة على المخاطب . ألا ترى أنه لو قال : طلقتك على ألف ، ولم تفهم لم يقع المقصود الذي هو الطلاق أصلًا ، والله أعلم » . المشكل (٢/ ٤٨ ب - ٤٩ أ) .

(١) في (ب) : « فليكتفِ بالكناية مع النية » ، وهي زيادة لا محل لها هنا .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٣٣٩) ، المجموع : (٩ / ١٩٨) .

فإنْ قيلَ : فلينعقدْ بالكنايةِ مع النيةِ ، فإنها تدل على الرضا ، قلنا : قطَعَ الأصحابُ بذلك في الخُلْع ، والكتابة ، والصلح عن دم العمد ، والإبراء ، وكل ما يُتَصَوَّرُ الاستقلالُ بمقصودِهِ دونَ قبولِ المخاطَب في بعض الأحوال ؛ لأنَّه ليس يعتمد فَهْم المخاطب .

وقطعوا بالبطلانِ في النكاح وبيعِ الوكيل إذا شرطَ عليه الإشهادَ ؛ لأنَّ الشهودَ لا يَطَّلِعونَ على النية .

واختلفوا على وجهين في المعاوضات المحضة [1] ، ووجه المنع : أنَّ الإيجابَ والقبول سببٌ لقطعِ [2] النزاعِ إذا كان صريحًا ، والنياتُ [3] يطولُ فيها النزاعُ ، فليشترطِ التصريحُ للمصلحة كما في النكاحِ .

فإن قيل : فلو توافرت [4] القرائن (٥ حتى أفادت ٥) العلمَ انقطعَ الاحتمال والنزاع .

قلنا : أما النكاحُ ، ففيه تَعبُّدٌ للشرع (٦ في اللفظِ ٦) ، وأمَّا البيعُ المقَيَّدُ بالإشهادِ وغيره ، فالظاهِرُ عندي الانعقادُ [7] وإنْ لم يتعرَّضْ لهُ الأصحابُ [8] .

---

(١) الأصح من هذين الوجهين : أنه تنعقد المعاوضات بالكناية مع النية كما في الروضة (٣ / ٣٤٠) ، المجموع (٩ / ١٩٥) .

(٢) في (أ) : « يقطع » .

(٣) في (ب) : « والبينات » ، وله وجه بعيد .

(٤) في (ب) : « توفرت » ، وهو خطأ . حيث يقال : توفر على الشيء : أي صَرَفَ إليه همته ، وتوافر الشيء : أي كثر واتسع . انظر : المعجم الوسيط (مادة : وفر) .

(٥) في (أ) : « على إفادة » .

(٦) ليست في (أ ، ب) .

(٧) قال في الروضة : « وأما البيع المقيَّد بالإشهاد ، فقال في « الوسيط » الظاهر انعقاده عند توفُّر القرائن » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٤١) ، المجموع للنووي : (٩ / ١٩٦) .

(٨) قال الحموي : « قوله : (وأما البيع المقيد بالإشهاد ، فالظاهر عندي الانعقاد ، وإن لم يتعرض له الأصحاب . الركن الثاني : العاقد . وأهلية المعاملات تستفاد من التكليف) إلى آخره . =

....

* * *

= ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه قال : (الظاهر عندي الانعقاد ، وإن لم يذكره الأصحاب) ، والمنقول في كتاب « النهاية » أن الأصحاب تعرضوا له ، كما ذكر وأضافه الإمام إلى نفسه . الثاني : أنه قال : (أهلية المعاملات تُستفاد من التكليف) ، وليس الأمر على الإطلاق ، فإن المحجور عليه لِسَفَهٍ مكلفٌ ، ومع هذا لا يصح بيعُه ، وكذلك المحجور عليه لفلسٍ بعد الحجر عليه ، وكذلك العبد ، ومعلوم أن بيعهما لا يصح .

قلت : لم يُرِدِ الشيخُ في الإشكال الأول أن الأصحاب لم يتعرضوا له بالذكر ، وإنما أراد أنه هو الأصح ، وإن كان الإمام شاركه في هذا - أيضًا - فإنه أراد بالأصحابِ أصحابَ الوجوه في المذهب ، والإمام ليس منهم .

والجواب عن الثاني أن يقال : ما ذكره مطلقٌ لا يحتاج إلى التقييد ، فإن كل واحد من المذكورين مكلف يفتقر إلى تقييد ، فيقال فيه : مكلف محجور عليه ، والمطلق لا يفتقر إلى قيد ، ولهذا صَحّ فيه وامتنع في غيره » . مشكلات الوسيط (٧٣ ب - ٧٤ أ) .

الركن الثاني : العاقد

وأهليَّةُ المعاملاتِ تُستَفَادُ من التكليفِ ، فتصرُّفاتُ الصبيِّ والمجنونِ بإذنِ الوليِّ ودون إذنه ، وبالغبطةِ والغبينةِ باطلةٌ . خلافًا لأبي حنيفة [1] .

نعم في تدبيرِهِ ووصيتِهِ وروايته وإسلامِهِ خلافٌ يأتي في موضعه . وفي البيعِ الذي يُخْتبر بِهِ الصبيُّ لإيناسِ الرشدِ ، خلافٌ [2] ، والأَوْلَى منعُهُ .

ولا يُعتَدُّ بقبضِ الصبيِّ أيضًا ، فإنَّهُ سببُ ملكٍ أو ضمانٍ [3] فلو قال : أدِّ حقِّي إلى

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن تصرفات الصَّبي والمجنون لا تنعقد ، لا لنفسيهما ، ولا لغيرهما ، وسواء كان الصَّبي مميزًا أو غير مميز ، باشر بإذن الوليّ أو بغير إذنه .

ومذهب الحنفية : أنه لا ينعقد تصرفُ المجنون والصَّبي الذي لا يعقل أصلًا ، وأما الذي يعقل فينعقد تصرفه إن أجازه الوليُّ أو كان قد أَذِن له قبل انعقاده . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٤٣ ، ٣٤٤) ، المجموع : (٩ / ١٨١، ١٨٢) . الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٩٤) ، واللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٦ ، ١٧) .

(٢) في (أ) : « خلاف يأتي في موضعه » .

(٣) قال ابن الصلاح : « وقوله (لا يعتد بقبض الصبي) فإنه لا ينحصر في ذلك ، بدليل قبوض الأمانات والوديعة ، فإنها ليست سبب ملكٍ ولا ضمان .

قلت : ليس كذلك ، فإنها سبب ضمان على تقدير التقصير ، والمدَّعى كونه سبب ملك أو ضمان فحسب ، وذلك يحصل بثبوت أحدهما على الجملة في بعض الأحوال ، وإن لم يثبت في جميع الأحوال على ما لا يخفى تقديره » . المشكل (٢/ ٤٩ ب) .

وقال الحموي : « قوله : (ولا يعتد بقبض الصبي ، فإنه سبب ملك أو ضمان) قيل : مفهومه أنه مهما وُجِدَ القبض منه كان سببَ ملكٍ ، وليس كذلك . وكذلك الظاهر من قوله : (أو ضمان) فإنه إذا أودع شيئًا منه في يده أو أتلفه ، فإنه لا يضمنه على أحد الوجهين ، فإنه ليس كذلك ، فإنه إنما يلزمه إذا أخذ شيئا بغير إذن مالكه ، فإنه يضمنه مطلقًا .

وجوابه : أن نفرض ما لو باع إنسان طعامًا من صبي فأقبضه إياه وتسلم الثمن ، فعلى هذا يكون الثمنُ مضمونًا على البائع ، ولا يكون الطعام مضمونا على الصبي إذا تلف في يده ، فإنه سلّطه عليه حيث سلّمه إليه ، وإذا كان كذلك صَحّ ما ذكره ، ويكون مراده (بسبب ملك) أي : سبب تعلق ملك ، والصبي لا يملك ههنا . وأما قوله : (أوضمان) فإن عاد إلى البائع كان الثمن مضمونًا عليه ، إذا أخذه =

الصبيِّ ، فأدَّى : لم يبرأْ ؛ لأنَّ ما في الذمَّةِ لا يتعينُ مِلْكًا إلا بقبضٍ صحيح . بخلافِ ما لو قالَ : رُدَّ الوديعةَ إليهِ فإنَّ الوديعةَ متعينةٌ . ولو سلَّم الصبيُّ درهمًا إلى صرَّافٍ لينقدَه [له] (١) فأخذه ، دخلَ في ضمانِهِ ، فليردَّهُ على وليِّهِ . ولو رَدَّ عليه لم يبرأ .

وفي إخبارِ الصبيِّ عنِ التمليك في (٢ إيصال الهديَّة ، وعن الإذن ٢) عند فتح الباب طريقان ؛ منهم مَنْ خرَّجه على الخلاف في روايته . ومنهم من قطعَ بالقبولِ (٣) ؛ اقتداءً بالأولين [وعادةِ السلف] (٤) . ولاشكَّ في القبولِ إذا ظهرتِ القرائنُ ، فإنَّ العلم إذا حصل سقطَ أثر إخباره .

أما إسلام العاقد فغيرُ مشروطٍ ، إلا في شراء العبد المسلم . وفيه قولان :

أحدهما : أنه (٥) لا يصحُّ من الكافرِ ؛ لما فيه من الذُّلِّ ؛ ولأنَّه يقطعُ ملكه لا محالة ، فدفعُهُ أَوْلَى . والثاني : أنه (٦) يصحُّ ؛ لأن المِلْكَ مُتَصَوَّرٌ له على المسلمِ في الإرث ؛ فسببُ المِلْكِ صحيحٌ في حقِّه . والأصح : المنع (٧) ، خلافًا لأبي حنيفة .

وفي شراءِ الكافرِ المصحفَ قولان مُرَتَّبانِ ، وأولى بالمنعِ ؛ لأن العبد يدفع الذلَّ عن نفسه .

= بغير إذنه ، وأخذت قيمته من ماله ، إن لم يكن له مثل ، من حيث إن مالكه لم يُسَلطه عليه .

فإذا ثبت هذا صح ما ذكره الشيخ على هذا التقدير ، وحاصله : أن الصبي إذا قبض لا يملك بذلك ، ولا يكون مضمونًا عليه ، والتفريط منسوبًا إلى مَنْ قبضه » . مشكلات الوسيط (٧٣ أ - ٧٣ ب) .

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « إيصال الهدية ، وعن إخبار الإذن » وله وجه ، وفي (ب) : « إيصال الذمة ، وعن الأكثر » ، وهو خطأ لعله من الناسخ .

(٣) وهذا الطريق هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٣٤٥) ، المجموع : (٩ / ١٨٣) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « أنه » : ليست في (أ) .

(٦) « أنه » : ليست في (أ) .

(٧) وهذا الأصح هو الأظهر من قولَي الشافعي - رحمه الله - . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٤٦) ، والمجموع : (٩ / ٤٣٤) .

وفي المِلْكِ الذي يستعقِب العتق [1] / ، كشراءِ الكافرِ ولَدَه المسلم ، أو كشرائه [2] مَنْ شهِد مِن قَبْلُ بُحرِّيته وجهان مرتَّبان ، وأولى بالصحة ؛ لاستعقابه الحريةَ ضرورةً . ٥٩/أ

ولو قال الكافرُ : أعتِقْ عبدَك المسلم عليّ [3] ، فأعتقَ ، ففي وقوعه عنه [4] وجهان مرتبان وهذا أولى بالنفوذ ؛ لأن المِلْكَ حصلَ [5] ضمنًا ، فيبعد اعتبارُ الشرائطِ فيهِ [6].

التفريع :

إن أبطَلْنا الشراءَ ، فعليه فروعٌ أربعةٌ :

أحدها : في الارتهانِ والاستئجار وجهان ؛ أحدهما : يصح ؛ إذ ليس فيهما ملكٌ ؛ والثاني : المنعُ ؛ لأن الاستيلاء بالانتفاعِ والحبسِ إذلالٌ .

فإن صحَّحْنَا الإجارةَ ، فهل يُكلفُ الكافرُ أن [7] يؤاجرَه من مسلم ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما : يلزمه[8] ، كما في الشراء . والثاني : لا ؛ إذ المسلم إذا عمل بأُجرة لم يكن فيه ذُلّ ، وكأنه يَعْمل لنفسه .

والأَوْلى : جوازُ الرهن والإجارة ، كما في الإيداع والإعارة . وأما [9] الإجارة الواردةُ على الذمَّةِ فلا خلافَ في جوازِهَا .

والثاني : المسلمُ إذا اشترى العبدَ المسلمَ لكافرٍ لم يصح ، وإن [10] اشتراهُ الكافرُ لمسلمٍ ؛ إنْ صَرّح بالإضافة [إلى المسلم] [11] صحَّ ، وإن أضمر فوجهان يُبتنيان على

---

(١) في (أ) : « الملك » .

(٢) في (أ) : « شرائه » .

(٣) في (أ ، ب) : « عني » .

(٤) « عنه » : ليست في (أ) .

(٥) في (ب) : « حصل فيه » .

(٦) « فيه » : ليست في (ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « بأن » .

(٨) في (أ) : « بلى » .

(٩) في (ب) : « أما » .

(١٠) في (أ) : « فإن » .

(١١) زيادة من (أ ، ب) .

تعلقِ العهدةِ بالوكيلِ [1] .

الثالثُ : إذا اشترى المسلمُ عبدًا مسلمًا من كافرٍ بثوبٍ ، فوجد الكافرُ [2] عيبًا بالثوب [2] ، ففي رَدِّه ليعودَ العبدُ إليه وجهان [3] ؛ أحدهما : لا ؛ لأنه توصل إلى جَلْبِ الملك [4] بالاختيار . والثاني : يجوز ؛ لأن الاختيار في الرد .

أما عَوْدُ العِوَض إليه فيقع ضرورةً قهرًا .

وكذلك [5] المسلمُ إذا وجدَ عيبًا بالعبد ففي ردِّه إليه [6] وجهان ؛ لأَنَّهُ ممنوعٌ عن التمليكِ كما يُمنَع الكافرُ [7] عن التمليكِ [7] . ثم إذا منعنا الردّ تعينَّ الأَرْشُ ، وكان ذلك عذرًا مانعًا .

الرابعُ : لو كانَ العبدُ كافرًا فأسلمَ قبلَ القبضِ ؛ فينفسخ العقدُ كما ينفسخُ بالموت ؟ أو يثبتُ الخيارُ ، كما يثبتُ بالإباقِ ؟ فيه وجهان ؛ وتشبيهه بالإباق أَوْلى .

هذا إذا اشتراهُ من مسلمٍ ، فإنِ [8] اشتراهُ من كافرٍ ففي الانفساخِ وجهان مرتبان ،

---

(١) قال في الروضة : « ولو وَكَّلَ مسلمٌ كافرًا ليشتري له عبدًا مسلمًا ، فإنْ سمى الموكِّل في الشراء صَحّ ، وإلّا فإن قلنا : يقع الملك للوكيل أولًا ، لم يصح . وإن قلنا : يقع للموكّل ، صَحّ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٤٨) ، المجموع : (٩ / ٤٣٦) .

(٢) في (أ) : « بالثوب عيبًا » .

(٣) قال في الروضة : « لو باع الكافرُ عبدًا مسلمًا – ورثه ، أو أسلم عنده – بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبًا ، فالمذهب : أن له رَدَّ الثوب بالعيب . وهل له استردادُ العبد ؟ وجهان . أصحهما : له ذلك . والثاني لا ، بل يَسْترد قيمتَه ؛ لأنه كالهالك . وطرد الإمامُ والغزالي الوجهين في جواز رَدِّ الثوب . والصوابُ : الأول ، وبه قطع في « التهذيب » وغيره » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٤٧ ، ٣٤٨) ، المجموع : (٩/ ٤٣٦ – ٤٣٧) .

(٤) في (ب) : « الملك إليه » .

(٥) في (أ) : « وكذا » .

(٦) في (أ ، ب) : « عليه » .

(٧) في (أ) : « من التملك » .

(٨) في (أ) : « فإذا » .

وأولى بألا ينفسخ ؛ لأنه كيفما تردد انقلبَ إلى كافرٍ ، فالاستصحابُ أَوْلَى .

فإن قضينا ببقاءِ العقدِ فيقبضهَ الكافر ثم يُباع عليه ؟ أم [1] يستنيب القاضي عنه مَنْ يقبضه كيلا يذل العبد بقبضِهِ ؟ فيه وجهان [2] .

وإن [3] فرّعنا على قول الصحةِ ، فيُباع عليهِ بعد قبضه أو قبض القاضي عنه على وجه ، وكذلكَ متى أسلمَ في دوامِ المِلْك .

فلو مات قبل البَيْع بيع على وارثه ، وينقطع عنه [4] المطالبةُ بالإعتاق ، وكلُّ ما يُزيل المِلْك ، ولا ينقطعُ بالتزويجِ والرهنِ والإجارة .

وهل ينقطعُ بالكتابة وإن كانت لا تُزيل المِلْكَ في الحال ، لإفضائها إلى الزوالِ ولزومِ الحجر في الحال ؟ [فيه] [5] وجهان ؛ [6] وأولى بالاكتفاء بها [6] .

ولو رضي بالحيلولة بينهما لم يكتفِ بهِ إلَّا في المستولَدة ، فإنَّ بيعها متعذّر ، وإعتاقها تخسير ، فَيَسْتَكْسِبُها لأجله في يدِ غيرِهِ . وقيل : إنه [7] تُعتَق عليه ، وهو بعيدٌ .

* * *

---

(١) في (أ) : « أو » .

(٢) والأصح : أن يستنيب القاضي عنه مَنْ يقبضه . انظر الروضة : (٣ / ٣٤٨) ، والمجموع : (٩ / ٤٣٦) .

(٣) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٤) « عنه » : ليست في (أ) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) في (أ، ب) : « والأولى الاكتفاء » .

(٧) في (أ ، ب) : « إنها » .

الركن الثالث : المعقود عليه

(وهو المبيع)

وله خمس شرائط [١] :

[وهو] [٢] أن يكون طاهرًا ، مُنْتَفَعًا به ، مملوكًا للعاقد أو لمن يقع [٣] العقد له [٤] ، مقدورًا على تسليمه ، معلومًا للمتعاقدين [٥] .

الشرطُ الأولُ : الطهارة :

ولا [٦] يجوزُ بيعُ السِّرْقِينِ وسائرِ الأعيانِ النجسةِ ، خلافًا لأبي حنيفة [٧] . ومعتمدُ المذهبِ الإجماعُ على بطلان بيع الخمر [٨] والجيفة ، والعَذْرَة . ومنفعةُ العذرةِ تسميدُ

---

(١) زاد في الأصل هنا كلمة : « الأول » ، ولا وجه لها ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « وقع » .

(٤) قال الحموي : « ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكال ، فإنه قال: (مملوكًا للعاقد) ، ومعلوم أن الوكيل لو باع صَحّ بيعه ، وإن لم يكن المبيع له مملوكًا » ثم رد الحموي هذا الإشكال بقوله : « أراد بقوله : (مملوكًا له) أي : مأذونًا له في البيع ، احترازًا من بيع الفضولي ، فإنه لا يصح فيه لكونه غير مأذون له فيه على القول الجديد ، وهو جائز الإرادة ، وأكبر ما فيه أنه أتى بلفظة مشتركة ، وقد نَبَّهَ في الشرط الثالث في قوله : (ومن يقع العقد له فيه) إشارة إلى الموكل فإنه يقع العقد له ، إما أولًا وإما آخرًا » . مشكلات الوسيط » (٧٤ أ - ٧٤ ب) .

(٥) « للمتعاقدين » : ليست في (أ) ، وزاد في (ب) بعدها كلمة : « بشروط » ولا وجه لها .

(٦) في (ب) : « فلا » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز بيع الأعيان النجسة كالسِّرقِين وغيره من سائرِ الأعيان .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز بيع السِّرْقين وغيره من الأعيان النجسة مما ينتفع بها . انظر : التنبيه للشيرازي : (٦٢) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٣٥٠) ، والمجموع : (٩/ ٢٧٠) ، وشرح فتح القدير : (٧ / ١١٨ ، ١٢١) .

(٨) في (أ) : « الخمور » .

الأرضِ ومنفعةُ الجيفةِ (٨ إطعامُها لجوارحِ الطيور ٨) ، ومنفعة الخمر مصيرها (٩) خَلًّا ، كما يصيرُ الصغيرُ ابنُ اليومِ منتفعًا به في الكبر ، فلا علة لبطلان بيعها إلا النجاسة .

فرع :

الوَدَكُ النجس بوقوع نجاسةٍ (١٠) فيه ، إنْ حكمنا بإمكان غَسْلِه جاز بيعُه ، وإلَّا ابتني على جوازِ الاستصباح [به] (١١) ، وفيه قولان (١٢) ؛ ووجه المنعِ : انتشارُ دخانه النجسِ مع تعذُّر الاحتراز عنه (١٣) . وبالنجاسةِ يُعلَّل عند (١٤) الشافعي - رضي الله عنه - امتناع (١٥) بيع الكلب [والخنزير] (١٦) ، وقد ورد (١٧ الخبرُ فيه ١٧) أيضًا .

وقال أبو حنيفة ومالك : يصحُّ بيعه . والخنزيرُ لا يباعُ وفاقًا .

وما يتولَّد من الكلبِ والخنزيرِ أو من أحدهما وحيوانٍ طاهر ؛ فله حكمهما في بطلان البيع (١٨) .

---

(٨) في (أ ، ب) : « إطعام جوارح الصيد » .

(٩) في (أ) : « بمصيرها » .

(١٠) في (أ) : « النجاسة » .

(١١) زيادة من (أ) .

(١٢) قال في الروضة : « وأما الدهن ، فإن كان نجس العين ، كوَدَك الميتة لم يصح بيعه بحال ، وإن نجس بعارضٍ ، فهل يُمْكن تطهيره ؟ وجهان . أصحهما : لا . فعلى هذا لا يصح بيعُه كالبول . والثاني : يمكن . فعلى هذا ففي صحة بيعه وجهان . أصحهما : لا يصح . هذا ترتيب الأصحاب . وقيل : إن قلنا : يمكن تطهيره ، جاز بيعُه ، وإلا فوجهان .

قلت : هذا الترتيب غلط ظاهر ، وإن كان قد جزم به في « الوسيط » . وكيف يصح بيع ما لا يمكن تطهيره ؟ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٥١) ، وراجع : المجموع : (٩ / ٢٨٢ ، ٢٨٣) .

(١٣) في (ب) : « منه » .

(١٤) في (ب) : « منع » .

(١٥) « امتناع » : ليست في (ب) .

(١٦) زيادة من (ب) .

(١٧) في (ب) : « فيه الخبر » .

(١٨) ذكر الحموي عن الشرط الأول إشكالين : « أحدهما : ذكر الفرع ، وذكر فيه بيع الكلب والخنزير ، ومعلوم أنهما لَيْسَا بفرعٍ ، فإنهما كالجيفة والعذرة والسرقين ، على ما ذكره في الشرط الأول ، فعلى هذا =

الشرط الثاني : أن يكون منتَفَعًا به :

فبه [1] تتحقق المالية ، وما لا منفعة [2] له ثلاثة [2] أقسام :

أحدها : أن تسقط المنفعةُ للقِلّة ، كالحبة من الحنطة . [3] وما ليس له منفعة محسوسة في ذاته إلا بضمِّ غيرِه إليه فبيعُه باطلٌ [3] ، ومَنْ أتلفه فلا شيء عليه ؛ إذ لا قيمةَ له .

وقال القفال : عليه مثلُه إن كان من ذوات الأمثال ، وخالفه غيرُه .

الثاني : أن تسقط منفعتُه لخِسَّتِه ، كحشرات الأرض من الخنافسِ والعقاربِ . وأما الهِرَّة والفيلُ والنحلُ ، ففيها منفعة [فيجوز بَيْعُها] [4] . ولا منفعةَ للأسد [5] والنمرِ وما

= لا يكون فرعًا ، والثاني : أنه قال : (بيع الخنزير لا يصح وفاقًا) ، وبيعه عند مالك صحيحٌ » .

ورَدَّ عنهما بقوله : « أما الجواب عن الأول فيقال : ذكر في الشرط الأول ما كان مستحيلًا في النجاسات . ثم ذكر الكلب والخنزير وجعلهما فرعًا لكونهما لم يكونا مستحيلين بعد وجود الطهارة ، والأصل في الحيوانات الطهارةُ بخلاف المذكور في الشرط الأول فكان المذكور في الثاني فرعًا .

وأما الجواب عن الثاني : أن عند مالك رواية أنه لا يصح بَيْعُ الخنزير فكان بيعه لا يصح وفاقًا » . مشكلات الوسيط (٧٥ أ - ٧٥ ب) .

(١) في (ب) : « به » .

(٢) في (أ) : « فيه فثلاثة » .

(٣) العبارة بين القوسين ليست في (أ) . وقد استشكل الحموي كلام الغزالي هنا بقوله : « قال : (كالحبة الواحدة من الحنطة) ، وعطف عليه (ما ليس له منفعة محسوسة في ذاته إلا بضمِّ غيره إليه) ، ومعلوم أنه كالحبة »

ثم رَدّ عليه بقوله : « إنّ مراده أن يلحق بالحبة وما ليس له منفعة محسوسة كالقطرة في الدبس والغسل ، وما كان في معناهما من المائعات ، وكذلك القطعة اليسيرة من الكرباس وما كان في معناهما مما لا قيمة له ، لكنه لو اجتمع مع الحبة حبات بحيث تصير لهما قيمة جاز البيع ، وكذلك القطرة في الدبس إذا ضم إليها قطرات بحيث صار لهما قيمة جاز ، فإنهما كانا على انفرادهما لا يحصل منهما تغذية وبعد الضم حصل ، وهو مراده بضم غيره » . مشكلات الوسيط (٧٥ ب - ٧٦ أ) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) : « في الأسد » .

لا يُصْطاد من السباعِ ، ولكنْ فيها وفي الحمار الذي تكسَّرت قوائِمه وجهٌ لا بأس به : أنه يصحُّ بيعها لجلودِها ، بخلاف / جلد الميتة ، فإنَّهُ لا يُباع لنجاسته ، لا لعدم المنفعة . ٥٩/ب

وفي بيع العلق ، وفيه منفعة المصِّ للدم والسم الذي لا يصلح إلا بالقتل تردُّد ، والأولى الصحة . ووجهُ المنعِ : أنه لا يحتفل بهذه المنفعة ، إذ قد ينتفع بحبةٍ واحدة [1] تُجعل في فخِّ الطائرِ ولا يُعْتَدُّ بمثل ذلك .

ويجوز بَيْعُ لبنِ الآدميةِ خلافًا لأبي حنيفة [2] ؛ فإنه طاهرٌ منتفع به ، وليس بآدميّ .

ويجوزُ بيعُ الماءِ على شاطيءِ البحرِ ، [3] وبيعُ الصخرةِ [3] على الجبال [4] ؛ لوجود المنفعة وإنما الاستغناء عنها لكثرة [5] ، وكذا بيع التراب . وقيل : الماء لا يُملَك ، وهو بعيد .

الثالثُ : ما سقطت [6] منفعته شرعًا ، كالمعازف ، وما هي لغرض محرَّم لا يصلح لغيرِهِ فتيك المنفعة المحرمة شرعا كالمعدومة حِسًّا . نعم ، إن كان رضاضة [بكسر] [7] بعد تقدير الكسرِ يُتَمَوَّل [8] ، ففي صحة بيعه - اعتمادًا عليه - ثلاثةُ أوجه .

والأظهرُ [9] : أنَّهُ إن كان من ذَهَب ، أو فضةٍ أو عود ، أو شيء نفيس صحَّ ؛ لأنه

(١) « واحدة » : ليست في (أ) .

(٢) مذهب الشافعية : أنه يجوز بيع لبن الآدميات بلا كراهة لعدم نجاسته .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز بيع لبن الآدمية . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٥٥) ، المجموع : (٩ / ٣٠٤ ، ٣٠٥) .

(٣) في (أ) : « والصخر » .

(٤) في (أ ، ب) : « الجبل » .

(٥) في (أ ، ب) : « بالكثرة » .

(٦) في (أ) : « تسقط » .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (ب): « فيما يتمول » .

(٩) قال في الروضة : « وإن كان رضاضها يُعَدُّ مالًا ففي صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والخشب وغيرهما ، وجهان : الصحيح المنع . وتوسط الإمام فذكر وجهًا ثالثًا اختاره هو والغزالي : أنه إن اتُخِذَت من جوهر نفيس صحَّ بَيعُها . وإن اتُخِذَت من خشب ونحوه فلا ، والمذهب : المنع المطلق ، وبه أجاب عامة الأصحاب » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٥٤) ، المجموع : (٩ / ٣٠٨) .

مقصودٌ [فغلَب قصدُ الصنعةِ] [1] .

وإن كان من خشب فلا لأنَّ القصدَ [2] مرتبطٌ بالصنعةِ ، فلا يعتمدُ البيعُ غيره [3] .

وفي بيع القنية والكبشِ الذي يُطلَبُ للنطاحِ كلامٌ سنذكرُهُ [4] .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) . (٢) في (ب) : « المقصد » .

(٣) في (ب) : « لغيرها » .

(٤) قال الحموي تعليقًا على هذا الكلام : « قال في بيع القنية والكبش الذي يطلب للنطاح : (كلام سنذكره في موضعه) ، ولم يذكره في « الوسيط » في موضع أصلًا » .

ثم أجاب عن ذلك بقوله : « فلعله نسي أن يذكره ، أو لعله أراد بقوله : (سنذكره في موضعه) في غير « الوسيط » ، وهو جائز .

وأما القنية في اللغة : فهي الأمة ، سواء كانت مغنية أو لم تكن ، ومراده هنا المغنية ، وذكر الإمام في باب الوليمة في صحة البيع : إذا كانت تساوي ألفين بسبب الغناء وقيمة رقبتها ألف ثلاثة أوجه ؛ أحدها : يصح ، والثاني : لا يصح ، والثالث : إن قصد المغالاة بقيمتها لم يصح ، وإن لم يقصد صح . وحكم الكبش للنطاح حكم المغنية » . مشكلات الوسيط (٧٥ ب - ٧٦ ب) .

وقد لاحظ ابن أبي الدم الملاحظة نفسها فعلق عليها بقوله : « لم يذكر الشيخ هذه المسألة في « الوسيط » أصلا ، وإنما ذكرها الإمام في موضعين : أحدهما : قال في قيمة الملاهي : إذا أتلف ديكًا هراشًا أو كبشًا نطاحًا ، فهذه الصفة لا اعتبار بها إذا زادت القيمة بسببها ؛ لأنها محرمة ، ولا يجب على المتلف إلا قيمة ديك لا بصفة كونه هراشًا ، أو قيمة كبش لا بصفة كونه نطاحًا .

هذا أحد الموضعين الذي ذكر الإمام فيه ما ذكرناه عنه ، وهو كلام في قيمة متلف موصوف بهذه الصفة ، وليس كلامًا في البيع .

الموضع الثاني : في كتاب النكاح بعد انقضاء باب الوليمة : من اشترى جارية مغنية قيمتُها برقبتها ألفٌ وقيمتها لغنائها ألفان ، فإن اشترى بألف صَحّ قولًا واحدًا ، وإن اشتراها بألفين حكى الشيخ أبو علي في ذلك خلافًا ، فقال : أفتى أبو بكر المحمودي بمرو ببطلان البيع ؛ لأنا لو صححنا البيع لصار تعلُّمُ الغناء مكسبة وتسببنا إلى المقابلة بالمال ، قال الشيخ أبو زيد المروزي : إن قصد بشرائها المغالاة بثمنها للغناء لم يصح ، وإن أطلق ولم يقصد ذلك صح .

=

الشرط الثالث : أن يكون مملوكًا للعاقدِ :

فبيعُ الفضوليِّ مالَ الغير عندنا باطلٌ ، وقال أبو حنيفة : يقف على إجازته [١] ، وهو قول قديم لم يَعْرفه العراقيون .

ونصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على قولين فيمن غصبَ أموالًا واتَّجر فيها وتصرف في أثمانها :

أحدهما : بطلان البياعات ، وتتبعها بالنقض ، وهو قياس المذهب [٢] .

والثاني : أن المالكَ بالخيارِ ، فإنْ شاء أجاز وأخذ الأثمان . وتعليلُه بالمصلحة والحاجة ؛ لِعُسْرِ تَتبُّعِ التصرفات المتعاقبة .

فرع :

لو قال : اشتريتُ لزيدٍ - وهو ليس بوكيل - لم يقع عن زيد . وهل يقع عنه ؟ وجهان :

أحدهما : نعم [٣] ؛ لأن الفاسد إضافته ؛ فتخصَّص بالإفساد ، ويبقى قوله :اشتريت .

= وقال أبو بكر الأودني : يصح البيع على كل حال ، ولا يختلف بالمقصود والأغراض ، قال الإمام : هذا هو القياس السديد .

هذا ما حكاه الإمام عن هؤلاء الأئمة في هذه المسألة ، ولكنه ذكرها في ربع النكاح ، وليس هنا موضعها ، فلينظر الناظر كيف استخرجت من موضعها وأثبتت في غير موضعها . ولم يذكرها الغزالي في « الوسيط » أصلًا ، إلا ما رمز منها ووعد بذكرها ولم يذكرها » . إيضاح الأغاليط (١٠ ب - ١١ أ) .

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز بيع مال الغير بلا إذن أو ولاية . وهذا هو الجديد ، وعلى القديم : أن هذا البيع ينعقد موقوفًا على إجازة المالك ، فإن أجازه ، نفذ ، وإلا ألغى ، وهذا القديم هو مذهب الحنفية . انظر التنبيه للشيرازي : (٦٣) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٥٥) ، المجموع : (٩ /٣١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٥٩) . مختصر الطحاوي : (٨٢ ، ٨٣) ، شرح فتح القدير : (٧ / ٥١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٧) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣٦) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٣٥٦) ، والمجموع : (٩/ ٣١٤) .

(٣) في (أ) : « بلى » ، وما أثبتناه من (ب) .

والثاني : لا ؛ وهو الأَوْلَى ؛ لأن الكلام يُعتبر جُمْلةً [(١)] ، وهو لم يشترِ [(٢] شيئًا لنفسهِ [٢)] أصلًا .

فإن قيل : لو [(٣)] باع مالًا على ظنّ أنه ملكُ الغير ، فإذا [(٤] هو ملكه [٤)] ، هل يصح ؟ قلنا : نقل العراقيون قولين ، فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حيٌّ ، فإذا هو ميت ، فالقياس [(٥)] صحتُه ، والظنَّ الخطأ لا أثر له [(٦)] . ووجه المنع : أن مقتضى لفظه من حيث قرينة الحال تعليقُ البيع على الموت ، وإن أتى بصيغة التنجيز فلا يكون بعبارته معربًا عن تنجيز [(٧)] المِلْك في الحال ، وهو لا يعتقد لنفسه ملكًا .

الشرط الرابع : أن يكون مقدورًا على تسليمه حسًّا وشرعًا :

ومستندُه النهيُ عن بيعِ الغَرَرِ ، والعجز الحسيّ في الضالّ والآبقِ والمغصوب .

فروع ثلاثة :

الأول [(٨)] : بيعُ السمكِ في الحوض الواسعِ المسدودة المنافذ ، والطيرِ المفلَتِ في [(٩] دارٍ فَيَحْاء [٩)] الذي يُقدَر عليه ولكن بعد عُسْرٍ وتَعَب ، فيه وجهان : أحدهما : لا ؛ لأنّ مثل هذا التعب لا يُحتَمل في غرضِ البيع ، فلا نظر إلى القدرة بعد تحمُّلِهِ. والثاني - وهو الأولى - : الصحة ؛ لأنه مقدورٌ [عليه] [(١٠)] ، ومستنَدُ هذا الشرطِ النهيُ عن بيعِ الغرَرِ ، وهذا موثوق به ؛ [لأنه] [(١١)] لا غرر فيه .

---

(١) في (أ ، ب) : « بجملته » .

(٢) في (أ ، ب) : « لنفسه شيئًا » .

(٣) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٤) في (أ ، ب) : « لو ملكه » .

(٥) في الأصل ، (أ) : « والقياس » وما أثبتناه من (ب) .

(٦) والأظهر : أن البيع صحيح ؛ لصدوره من مالك . انظر : روضة الطالبين : (٣/٣٥٧)، المجموع : (٩/٣١٤).

(٧) في (ب) : « التنجيز » .

(٨) في (أ ، ب) : « أحدها » .

(٩) في (أ ، ب) : « الدار الفيحاء » .

(١٠) زيادة من (أ ، ب) .

(١١) زيادة من (أ ، ب) .

الثاني : بيع حَمَامِ البُرْج نهارًا – وعادته [1] أن تأوي إلى البرج [2] ليلًا – [3] فيه وجهان [3] ؛ أحدهما : الجواز ؛ كالعبد الغائب ثقة بعوده الطبيعي . والثاني : المنع ؛ لأنَّ الغَرَر ظاهرٌ في عوده ، بخلاف العبد . وهو الأولى [4] ؛ إذ الاشتغالُ بأسباب التسليم من طلب العبد ممكنٌ ، وها هنا لا طريق إلى [5] الانتظار على غرر .

الثالثُ : المغصوبِ الذي يقدر المشتري على استرداده دون البائع فيه خلاف ؛ لتعارض القدرةِ والعجزِ من الجانبين . والأَوْلى الصحة ؛ إذا المقصود التسليم ، وهو ممكنٌ في نفسه .

نعم ، لو كان المشتري جاهلًا فله الخيار ، إذا البيعُ لا يكلفه تَعَبَ الانتزاعِ ، وإن [6] كانَ عالمًا فله الخيار إن عجز ، وإلَّا فلا . أما المعجوز عن تسليمه شرعًا فهو [7] المرهون ، فبيعه باطلٌ .

وفي بيع الدار المكراة خلافٌ سيأتي .

وفي [بيعِ] [8] العبدِ الجاني جناية تُعلِّق الأَرْش برقبته ، قولان :

أحدهما : المنع كالرهن [9] ، وأَوْلى [10] فإنه أقوى من وثيقة الرهن ؛ ولذلك يُقَدم الأرش إذا جنى العبد المرهون .

والثاني : الصحة ، وهو الأَوْلَى [11] ؛ لأنه لم يحجر على نفسه ، وجنايةُ العبد لا تحجر عليه في ملكه وتصرُّفه ، لكن [12] يثبت متعلقًا في رقبته إن رغب السيد عن

(١) في (أ ، ب) : « وعادتها » .
(٢) في (ب) : « البروج » .
(٣) في (أ ، ب) : « فوجهان » .
(٤) في (أ ، ب) : « أولى » .
(٥) في (أ ، ب) : « إلا » .
(٦) في (أ ، ب) : « فإن » .
(٧) في (أ ، ب) : « وهو » .
(٨) زيادة من (أ ، ب) .
(٩) في (أ ، ب) : « كما في المرهون » .
(١٠) في (أ ، ب) : « وهو أولى » .
(١١) وفي الروضة (٣ / ٣٦٠) : أن القول الأول هو الأظهر ، وليس الثاني كما رجح الغزالي رحمه الله .
(١٢) في (أ ، ب) : « ولكن » .

فدائه ؛ ليكون [1] عصمةً لحقِّه بقدر الضرورة .

أما إذا استوجب العبدُ القطعَ بالسرقةَ ، [2] أو بالقتل [2] بالردَّةِ ، فيصحُّ [3] بيعُهُ ؛ إذ لا أَرْشَ .

وفي القتلِ الموجِب للقصاص خلافٌ مرتَّب على أنّ موجِبَ العمد ماذا ؟ وعلى كل حالٍ فهذا أَوْلَى بجواز البيع ؛ لأن الدية غَيْرُ متعينةٍ للوجوب .

التفريع :

إن حكمنا بفساد البيع ، ففي الإعتاق خلاف كما في الرهن [4] ، وإن حكمنا بالصحة ، فلو كان مُعْسِرًا بالفداء : فالظاهر المنع ، وفيه وجه منقاس : أنه يصح ، ولكن يثبت الخيار للمجنيّ / عليه وإن [5] كان موسرًا مهما امتنع الفداء بسبب من الأسباب . ٦٠/أ أما [6] السيد ، ففي ثبوت الخيار له وجهان [7] ؛ ووجه الإثبات : أنه لم يُصَرِّح بالتزام الفداء فلا يلزمه . وله دَفْعُ الطَّلِبة عن نفسه بالفسخ .

وهذا بعيدٌ عند علمه بجناية العبد ، فإنه بالتزام التسليم إلى المشتري التزم الفداء ، فَلْيؤاخذ بهما . و[لكن] [8] لو كان جاهلًا ، فيظهر إثبات الخيار له .

---

(١) في (ب) : « لتكون » .

(٢) في (أ ، ب) : « والقتل » .

(٣) في (أ ، ب) : « يصح » .

(٤) قال في الروضة : « ولو أعتق الجاني ، فإن كان السيد معسرًا ، لم ينفذ على الأظهر . وقيل : لا ينفذ قطعًا ، وإن كان موسرًا نفذ على أظهر الأقوال . والثالث : موقوف . إن فداه نفذ ، وإلا فلا » انظر : روضة الطالبين (٣ / ٣٦٠) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ ، ب) : « فأما » .

(٧) قال في الروضة : « فإن لم نصحح البيع فالسيد على خيرته ، إن شاء فداه ، وإلا فيسلمه ليباع في الجناية . وإن صححناه فالسيد ملتزمٌ للفداء ببيعه مع العلم بجنايته ، فيجبر على تسليم الفداء ، كما لو أعتقه أو قتله . وقيل : هو على خيرته ، إنْ فدي أُمضي البيع ، وإلا فسخ . والصحيح : أنه ملتزم للفداء » . انظر : روضة الطالبين (٣ ، ٣٦٠) .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

فرع :

إذا باع نصفًا من نَصْلٍ أو سيف أو آنية ينقُصها التبعيضُ فهو باطل (١) ؛ لأنَّ البيع لا يلزم بنقيض غير المبيع ، والشرع قد (٢) يمنع منه إذا كان فيه إسراف ، فيتقاعد البيع عن إيجاب التسليم .

ولو (٣) باع ذراعًا من كِرْبَاسٍ لا تَنْقص بالقطع قيمتُه ؟ فيه وجهان (٤) :

ذهب (٥) صاحب التلخيص إلى المنع ؛ لأنه غير ممكن إلا بتغيير عين المبيع ، والبيع لا يلزمه . ولعلَّ التصحيحَ أَوْلى .

الشرط الخامس : أن يكون معلومًا للمتعاقدين :

والعلم يتعلَّقُ بعين المبيعِ ، وقدرِه (٦) ، ووصفِه .

مرتبة من مراتب العلم : العلم بالعين :

وهو شرط ، فلو باع عبدًا من عبيده ، أو ثوبًا من ثيابه ، أو شاةً من قَطيعهِ لا على التعيين بطل ؛ لما فيه من الغرر الذي يَسْهُل اجتنابُه ؛ ولأن العقد لم يَجِدْ موردًا يتأثر به في الحال ، فأَشْبَهَ النكاحَ (٧) .

---

(١) قال الحموي : « لا خلاف أنه إذا باعه منهما نصفا مشاعًا أن البيع صحيح ، وقد ذكره مطلقًا » ، ثم قال رَدًّا على هذا الإشكال : « مراده بذلك إذا كان معينًا ، ولهذا قال : ينقصها التبعيض » . مشكلات الوسيط (٧٦ ب) .

(٢) « قد » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) في (أ ، ب) : « فلو » .

(٤) المذهبُ : صحةُ البيع ، وبه قطع الجمهور . انظر : الروضة : (٣ / ٣٥٩) ، المجموع : (٩ / ٣٨٤) .

(٥) في (ب) : « وذهب » .

(٦) في (أ ، ب) : « وجنسه » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله في اشتراط تعيين المبيع : (ولأن العقد لم يجد موردًا يتأثر به في الحال) معنى هذا الكلام أنه إذا قال : (بعتك أحدهما) فالمبيع منهما وهو أحد الشيئين لا بعينه ، فلا يؤثر العقدُ في ذلك المعينَّ ، وإنما كان ذلك لأنَّ المؤثّر يستحيل تأثيرُه في محلّ لا بعينه في نفس الأمر ، كما يستحيل أن يضرب أحدهما لا بعينهِ في نفس الأمر . بلى يجوز أن يكون المضروب واحدًا لا يتعين في علمنا ، أما =

وقال أبو حنيفة : لو قال : بعتُ [1] عبدًا من العبيد الثلاثة ، ولك خيار التعيين ؛ صَحّ ، ولم يُصَحِّحْ في الثياب ، ولا فيما فوق الثلاثة ، ولا دون شرط الخيار [2] .

= في نفس الأمر فلا يكون محلُّ الضَّرْب إلا متعينًا ، وهكذا في سائر الأفعال والتأثيرات ، ولا يلزم على هذا العتق والطلاق ، فإنهما يصحان في واحد غير معين ؛ لأنا نقول : لا يقع الطلاق والعتق إلا بعد التعيين بناءً منا على الوجهين في اعتبار العدة من وقت التعيين ، لا من وقت اللفظ .

فإذا لم يقع التأثير إلا في محل معين ، والإبهام لم يقع إلا في اللفظ ، والذكر دلالة اللفظ ، يجوز فيها الإبهام ؛ لأن اللفظ لا يؤثر في الملفوظ به ، ثم يخبر عنه ويعرف به ، ومن أخبر عن زيد فلا تأثير منه في زيد .

إذا ثبت هذا وَجَبَ أن لا يصح البيع ؛ لأنّ مورد العقد لا يتأثر به أيضًا ، بخلاف العتق والطلاق ؛ لأنه إذا تأخر عن ذلك العقد صار كالعقد المعلق ، والتعليقُ في البيع مبطلٌ ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٩ ب - ٥٠ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « بعتك » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه يُشْترط لصحة البيع أنْ يكون المبيع معلومًا ، ولا يُشترط العلم به من كل وجه ، فيكفي العلمُ بعينه ، وقدرِه ، وصفتِه ، أما العين ، فإنه لو قال : بعتك عبدًا من عبيدي أو ثوبًا من ثيابي فهذا باطلٌ ، وسواء قال : ولك الخيار في التعيين ، أو لا .

ومذهب الحنفية : أنه لو قال : بعتك عبدًا من عبيدي ، أو ثوبًا من ثيابي فالبيع باطل ، إلا أن يقول له : ولك الخيار في التعيين ، وسواء كان ذلك في العبيد أو في الثياب ولكن لا يكون فوق ثلاثة . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٦٠ ، ٣٦١) ، المجموع : (٩ / ٣٤٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٢٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٤٤) .

قال ابن أبي الدم : « ما نقله عن أبي حنيفة الصحة في عبد من العبيد الثلاثة مع شرط اختيار التعيين صحيح ، وللشافعي قول فيهم موافقٌ له في هذه الصور ، حكاه بعضُ المراوزة .

وأما قوله : (ولم يصحح في الثياب) فهذا غلطٌ عليهم ، ولم ينقلهم عنهم في « النهاية » ولا غيره من أئمتنا ، ولا نقله أحدٌ من أصحابهم ، وهم ينكرونه ويشددون عليه على الغزالي في نقله عنهم ؛ إذ لا يمكن تخيلُ فرقٍ بين عبد من ثلاثة أعبد معينة وثوب من ثلاثة أثواب معينة وفرس من ثلاثة أفراس معينة ، هكذا بقية الأعيان ، لا فَرْقَ فيها بين عين وعين .

وأما الفرق بين عينٍ من ثلاثة أعيان معينة - حيث يصح على مذهبهم - وبين عين من أربعة أعيان معينة ، حيث قالوا : لا يصح ، فقد ذكروا بينهما فرقًا على الجملة ، فقالوا : مطلق السلع لها ثلاث مراتب : جيدة ورديئة ومتوسطة ، فالمشتري موطن نفسه على هذه المراتب ، ثم على واحد منها ، وليس =

وفسادُ هذه التحكُّماتِ بيِّنٌ [١] .

فروع ثلاثة :

أحدها : لو قال : « بعتُ صاعًا من هذه الصبرة » ، وهي معلومة الصِّيعان ؟ صحَّ قطعًا . وإن كانت مجهولةً ؛ فوجهان يبتنيان على العلتين [٢] . إن عللنا بأن مورد العقدِ لم يتأثر بِهِ [٣] في الحال ، بطل هذا العقد ، فإن الإبهام موجود ههنا .

وفي صورة العلم بعدد الصيعان ، يُنَزَّل على الإشاعة ، حتَّى لو تلف نصف الصبرة ، انفسخ العقد [٤] بتلفه في ذلك القدر [٤] ، والباقي يخرج على قولي تفريق الصفقة ، وهذا اختيارُ القفال ، وهو الأصح [٥] .

= ثَمَّ مرتبة رابعة ، فلقد صح في الثلاث دون الأربع .

وهذا الفرق - وإن ذكروه - فلا يخفى ما فيه ، فإنه لا يثبت » إيضاح الأغاليط (١١ أ - ١١ ب) .

وقد ذكر الحموي نفسَ إشكال نقل الغزالي خطأ عن أبي حنيفة أنه لم يصحح في الثياب ، ثم قال : « أمكن أن يجاب عنه فيقال : وإن كان كذلك إلا أنه نقل عن أبي حنيفة رواية أخرى ضعيفة كذلك ، وليس يشترط في الناقل أن يطلع على جميع الروايات ، بل ينقل ما بلغه .

وأما قوله : (ولا فيما فوق الثلاثة) فإنما كان كذلك عنده ؛ لأن العبيد تنقسم ثلاثة أقسام ؛ أحدهما : رديء ، والثاني : جيد ، والثالث : متوسط ، فإذا باعه أحد العبيد الثلاثة أو الثياب الثلاثة ، صح ؛ لأنه قد دخل في أحد الأنواع الثلاثة ، فإذا زاد رابعًا أراد غررًا بتلبيس المبيع بنوعه ، فيكون أحد متوسطين أو أحد رديئين أو أحد جيدين ، وهو متقارب » . مشكلات الوسيط (٧٧ ب - ٧٨ أ) .

(١) قال ابن الصلاح : « والغزالي إن يقصد جريان الإبهام في ذلك ، ويجوز أن يكون أحد العوضين دينًا ، مع أن الدين في الحقيقة مورده فرد منهم ، مطلق من الجنس » . المشكل (٢ / ٥٠ أ) .

(٢) وأصح هذين الوجهين : صحة البيع ، وهو المنصوص . انظر : الروضة : (٣ / ٣٦٣) ، والمجموع : (٩ / ٣٧٧) .

(٣) « به » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ) : « في ذلك القدر بتلفه » ، وفي (ب) : « في ذلك القدر الذي تبلغه » .

(٥) قال في الروضة : « إذا قال : بعتك صاعًا من هذه الصبرة ، فله حالان : =

وإن عللنا بأنَّ الإبهام مُنِع لأجل الغرر ، فلا غرر هاهنا ؛ لتساوي أجزاء الصبرة ، بخلاف العبيد ، وبخلاف ما إذا باع ذراعًا من أرض لا على التعيين ، فإن الغرض يختلف [فيه] (١) باختلاف الجوانب ، ويلزم عليه التصحيح (٢) إذا باع قَدْرَ صاعٍ من جملة الصبرة ، وقد فُرِّقَتْ صيعانُها ، وبه استشهد القفَّال ، ويَبْعُدُ تصحيحُه (٣) .

واستشهد بأنه لو قال : بعتُ منك [هذه] (٤) الصبرة إلّا صاعًا وهي مجهولة الصيعانبطل (٥) .

فأيُّ فرقٍ بين استثناء المعلوم من المجهول ، واستثناء المجهول من المعلوم ، والإبهام يَعُمُّهما وفي الفرق غموضٌ (٦) .

= أحدهما : أن يَعْلَما مبلغ صيعانها ، فالعقدُ صحيح قطعًا ، ويُنَزَّل على الإشاعة ، ولو كانت الصبرة مائةَ صاعٍ فالمبيع عشر العشر ، فلو تلف بعضها تلف بقدره من المبيع . هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ،وحكى الإمام في تنزيله وجهين : أحدهما : هذا . والثاني : المبيع صاع من الجملة غير مشاع ، أيّ صاع كان . فعلى هذا يقي المبيع ما بقي صاع .

الحال الثاني : ألا يَعْلما - أو أحدُهما - مبلغَ صيعانها ، فوجهان : أحدهما ، وهو اختيار القفَّال : لا يصح ، كما لو فَرَّق صيعان الصبرة ، وقال بعتك صاعًا منها فإنه لا يصح . وأصحهما : يصح وهو المنصوص » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٦٢ ، ٣٦٣) ، المجموع : (٩ / ٣٧٧) .

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) « التصحيح » : ليست في (أ ، ب) .

(٣) قال ابن الصلاح : « استشهاده بما إذا فُرِّقَتْ صيعانها ممنوع ، فقد مَنَعَه الشيخ أبو إسحق في تعليقه في مسألة بيع عبدٍ من ثلاثة ، وقال : يصح . وسألت القاضي - يعنى أباالطيب - عن ذلك فقال: الذي يقتضيه أن لا يسلم والبيعُ يصحح لتساوي الأجزاء ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٥١ ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) « بطل » : ليست في (أ ، ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « بَسْطُ ما ذكره من الاستشهاد على ما ذهب إليه القفال - رحمه اللّه - أنه إذا قال : (بعتك منك هذه الصبرة إلا صاعًا) ، وهي مجهولة الصيعان بطل بالإجماع) فكذلك إذا قال : (بعتك صاعًا من هذه الصبرة) وهي مجهولة الصيعان وجب أن يبطل ، ؛ لأنه في الصورة الأولى لم يبطل لجهالة المبيع ؛ لأنه إذا صَحّ بيعُ جميع الصبرة المجهولة أَصْوُعها ، لأنه إذا عاينها خَمَّنَ أنها كذا وكذا صاعًا ، فصارت كالمعلومة آصعُها ، فكذلك مع الصبرة إلا صاعًا ؛ لأنه إذا خَمَّنَ أنها عشرة آصع - =

....

= مثلًا - عَرف أنه إذا استثنى منها صاعًا كان المبيع بحكم التخمين تسعة أصوع ، وإنما يبطل البيع فيها ؛ لأن المبيع لا يمكن تنزيله على الإشاعة ؛ لأنا لا ندري أهو عُشْر الصبرة أو تُسْعها ، فيتعين أن يكون المبيع صاعًا ، لا بعينه ، بل على الإبهام على ما تقرر .

وإذا عرفت أنه إنما بطل للإبهام ، والإبهام متحقق فيما إذا باع صاعًا منها ؛ لامتناع التنزيل على الإشاعة على ما أوضحناه ، ولما أمكن التنزيل على الإشاعة في قوله : (بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها) صح ولم يفسد .

فهذا تقرير قوله : (فأي فرق بين استثناء المعلوم من المجهول ، واستثناء المجهول من المعلوم) وليس الاستثناء هاهنا الاستثناء الاصطلاحي ، وإنما يريد به الاستثناء اللغوي ، وهذا الصرف والاقتطاع هو قوله : (بعتك الصبرة إلا صاعًا) فقد استثنى معلومًا من مجهول اصطلاحًا ولغة ، وفي قولك : (بعتك صاعًا من هذه الصبرة) قد استثنى ، أي اقتطع لنفسه مجهولًا من معلوم ، فإنه اقتطع ما وراء صاع من الصبرة ، وهو مجهول عن الصاع الذي هو معلوم ، والله أعلم .

وأما غموض الفرق فلما ذكرنا ، وأنا أقول : الفرق بينهما هو أن المبيع في قوله : (صاعًا من صبرة) هو الصاع ، وهو معلوم المقدار والصفة ، وفي قوله : (الصبرة إلا صاعًا) المبيع ما وراء الصاع ، وليس معلومًا ، فإن المعتمد في معرفة المبيع فيما إذا باع جميع الصبرة ، أما هو فالعيان المحيط بظاهر المبيع من جميع جوانبه ؛ لأنه إذا عاين المبيع كذلك كان أقدر على تخمين مقدار المبيع إذا كان قد عاين المبيع ، فاعتبر العيان من جميع الجوانب ؛ لأنه ... حذرًا من الجهالة .

وإذا علم هذا فلا يمكن دعوى إحاطة العيان بجميع جوانب ما ظهر من المبيع فيما إذا استثنى من الصبرة صاعًا ؛ لأنه يخالط المبيع أعيان ، أن تنتقل أعيان ليست هي بمبيعه لبعض جوانب ما يظهر من الصبرة ، وما هو احتمال ظاهر ، فإن شخصا لو قال ... صاعًا ... بصبرة لغيره ، فإنه يظهر لا يخفى وقوع شيء من صاعه في محل الصبرة ، وعند هذا فيفسد العقد هنا ؛ لأن الشرط الذي هو إحاطة العيان بما ظهر لم يثبت وجوده ، وما هو شرط فلا يثبت المشروط إذا لم يثبت هو .

وإذا عُرِفَ هذا فالجواب عنه قول القائل : إنه وإن لم يحط العيان بجميع أعالي المبيع فإنما يحيط بجميع جوانب الصبرة ، فيخمن كم صاعًا هي ؟ فإذا استثنى صاع عرف كم بقي ، إن بقول التخمين ليس معتبرًا بنفسه ، بل لابد له من ضابط ؛ لأنه لو عاين جميع جوانب الصبرة ، ولم يخمن كم هي ، صح البيع قطعًا ، والضابط إنما هو ما ذكرناه من إحاطة العيان لجميع جوانب المبيع ، ولم يوجد فيما نحن فيه على ما سبق ، وإذا ثبت ما بيناه بطل التعليل بالإبهام وبطل التعليل بانتفاء العلم بالمبيع وأنه مختص به ما إذا باعها إلا صاعًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٩ ب - ٥١ أ) . =

الثاني : إذا اشترى قطعة من الأرض محفوفة بملك البائع ، فإنْ صَرَّحَ بإثبات المَمَرِّ ثبت حَقُّ الاجتياز من كل جانب ، إلا إذا كان أحد جوانبها متاخما للشارع ، أو ملك [1] المشترى [2] ،...

= وقد ذكر الحموي إشكالين في كلام الغزالي في هذا الموضع ، أحدهما : « أنه أشكل عليه الفرق بين استثناء المعلوم من المجهول ، وعلى عكسه ، حيث صح على وجه في قوله : (بعتك صاعًا من هذه الصبرة) والثاني : (إلا صاعًا) ، وبينهما فرق ظاهر ، فإن المشتري ربما اعتقد أن الصبرة كبيرة قبل رفع المستثنى ، فلما رفع الصاع ظهر له أن المبيع قليل ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز . وأما قوله : (بعتك صاعًا من هذه الصبرة) فإنه ليس كذلك ، فإن المبيع معلومًا فافترقا » ، والإشكال الثاني : « أنه لو قال : (بعتك صاعًا من صبرة معلومة صح) إلى آخره ، فسماه استثناء ، وإنه ليس كذلك بإجماع أهل العربية لما لا يخفى » .

وأجاب عن الأول بقوله : « إنه إنما أشكل عليه الفرق لكون من قال بالجواب إنما كان لانتفاء الغرر ، ولاشك في أنه لو اقتصر على قوله : (بعتك هذه الصبرة) صح ، وإن كانت مجهولة ، لكن قامت المشاهدة مقام ما لو علم الصيعان فلما استثنى صاعًا منها كان الباقي بعد الصيعان لا غرر فيه ، لتساوى أجزاء الصبرة ، ومع هذه لم يصح وفاقًا .

وأما مَنْ علل بأنه لا يحل مورد العقد فظاهر ، فإنه كان ينبغي أنه إذا اشترى صاعًا من صبرة مجهولة أنه لا يصح وجهًا واحدًا ، كما في المسألة قبلها ، ولا نظر إلى كون الصاع معلومًا ؛ لأن تعليله إنما كان لكونه لا غرر فيه ، والمشاهدة فيه موجودة ، ويلزم من هذا أنه لا فرق بينهما » .

وأجاب عن الإشكال الثاني بقوله : « إنه إنما سماه استثناء نظرًا إلى اللفظ ، وكأنه قال : قطع جزء معلوم من الصبرة ، وهو على حسب الإمكان » . مشكلات الوسيط (٧٦ ب - ٧٨) .

(١) في (أ ، ب) : « لملك » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فإن صرح بإثبات الممر ثبت الاختيار من كل جانب ، إلا إذا كان أحد جوانبها متاخمًا للشارع ، وبملك المشتري) هذا الاستثناء إذا تأملته بان إشكاله ، وهو في مسألة السكوت واقع .

وحله : أن المسألة الأولى صورتها ما إذا قال : (بعتكها بحقها من الممر) فهذا إثبات يسمى من الممر ، فيثبت مطلقًا بالنسبة إلى جميع الجوانب ؛ لأن ذلك مقتضى الإطلاق إلا إذا كان متاخمًا للشارع ، فالعرف يخص هذا المطلق أما إذا قال : (بعتكها على أن لك الممر من كل جانب) ، فلا يخص في المتاخم عملًا بصريح اللفظ . وإذا قال : (على أن لك الممر من جانب واحد منهم) ، فقد منع منه اعتبار وقيده بمجهول ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٤٩ ب) . =

فالعرف خصص [١] المرور [به] [٢] .

وإن خصص بجانب من الجوانب ، لا على التعيين ، فسد للإيهام وتفاوت [٣] الأغراض .

وإن صرَّح بنفي الممر ففي صحة البيع - ولا منفعة للمبيع دون الممر - وجهان ؛ أظهرهما : الصحة [٤] ؛ إذا التوصُّل إلى الانتفاع بشراء الممر واستعارته وإجارته ممكن .

وإن [٥] سكت عن ذكر الممر فطريقان ؛ أحدهما [٦] : أنه يقتضي الممر من كل جانب ، اعتمادًا على العرف . والثاني : أنه [٧] يخرج على الوجهين ، كما إذا نفى الممر ؛ لأنه ساكتٌ عنه .

الثالث : لو عَيَّنَ جانبًا من الأرض ، وباع عشرة أذرع ، ولكن لم يذرع حتى يتبيَّنَ

= وقال الحموي أيضًا : « ما ذكره الشيخ يقتضي أن يثبت الممر من كل جانب ، وليس كذلك ، فإنّ المختص به جهة واحدة معلومة دون سائر الجوانب بالاتفاق » .

ورد على ذلك بقوله : « ومراده من قوله : (من كل جانب) أي : على سبيل البدل من أي جانب ، وقع به التعيين ، لا على سبيل الجمع والإبهام ، وبه خرج الجواب .

وليس مراده صرح بإثبات الممر أن يصف تصريحه إلى ملكه ، لما تخصص بالشارع المتاخم أو بملكِ نفسهِ ، وإنما أراد له أن يستطرق » . مشكلات الوسيط (٧٨ ب - ٧٩ أ) .

(١) في (أ ، ب) : « يخصص » . (٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) في (ب) : « وتفاوتت » .

(٤) ذكر في الروضة على عكس ما رجح الغزالي أنّ أَصَحَّ هذين الوجهين : بطلان البيع . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٦٣) ، والمجموع : (٩ / ٢٨٨ ، ٢٨٩) .

(٥) في (أ ، ب) : « فإن » .

(٦) ذكر في الروضة أنهما وجهان ، وأنّ الأَصَحّ هو هذا الوجه الأول . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٦٣) ، والمجموع : (٩ / ٢٨٨) .

(٧) « أنه » : ليست في (أ) .

مقطع الملكين في العيان ففيه وجهان ؛ أظهرهما : الصحة ؛ للتعيين وانتفاء الغرر ووجود العيان .

ولو باع الصوف على ظهر الحيوان [1] ولم يعين المقطع فَسَدَ ، لأنَّ العادة تتفاوت في مقادير الجزّ ، بخلاف الكراث ، فإن العادة في جزه [2] تتقارب [3] .

ولو قبض على كتلة وعَيَّن المجزّ : صَحّ ، وفيه احتمال ؛ لأنه يتعين به عين المبيع خلاف [4] الأرض والشجر [5] فإنَّ الجزَّ والقطْعَ لا يغيرهما .

المرتبة الثانية : العلم بالقدر :

أما إذا كان في الذمة ، فلابد من التقدير ، سواء كان نقدًا أو عرضًا .

فلو قال : بعتُ بما باع به فلانٌ فرسَه ، أو ثوبَه [6] ، أو بِزِنَة هذه الصنجة لا يصح ، لأنه غَرَرٌ مجتنَب يَسْهُل دَفْعُه ، ولابد من تعريف جنسه .

وإذا تعارضت النقود لابد [7] من التعريف ، فإنْ غلب واحدٌ كفى الإطلاق وإن غلب في العروض جنسٌ واحد ففي الاكتفاء بالإطلاق اعتبار بالنقد ، أو اشتراط الوصف ، نظرًا إلى أنَّ الأصل في العروضِ التفاوتُ ، وجهان [8] .

فروع ثلاثة :

الأول [9] : إذا قال : « بعت منك هذه الصبرة بعشرة دراهم » ، [وهي] [10]

---

(١) في (أ) : « الغنم » .

(٢) في (ب) : « جزه وقطعه » .

(٣) في (أ ، ب) : « لا تتفاوت » ، وزاد في (ب) بعد ذلك قوله : « وإن اقتضاه مطلق العقد إلا أنه تعذيب للحيوان » .

(٤) في (أ ، ب) : « بخلاف » .

(٥) في (أ) : « والشجرة » .

(٦) « أو ثوبه » : ليست في (أ ، ب) .

(٧) في (أ ، ب) : « فلابد » .

(٨) أصح هذين الوجهين : أنه يكتفى بالإطلاق وينصرف إلى الجنس الغالب كما في الروضة : (٣ / ٣٦٥) ، المجموع : (٩ / ٤٠٠) .

(٩) في (أ ، ب) : « أحدهما » .

(١٠) زيادة من (أ ، ب) .

معاينة ، غير معلومة الصيعان صَحَّ ، وكذلك إذا باع بِصُرَّة معاينة من الدارهم ؛ لأن العيان هو المنتهي عرفا [(١] في العقود [١)] .

ولو قال : « بعتك الصبرة ، كل صاعٍ بدرهم » ، صح ، وإن كانت مجهولة الصيعان ، ولم يكن مبلغ [(٢)] جملة الثمن معلومًا / . ٦٠/ب

لأنه إذا رأى جنس المبيع وعَرَفَ قَدْرَ ثمنِ كل صاع فقد [(٣)] انتفى الغرر ، وسلك طريق معرفة الربح والخسران .

الثاني : إذا قال : « بعتكَ هذه الصبرة بعشرة [(٤)] ، على أن أزيدك صاعًا [(٥)] » فإنْ أراد به التبرعَ بالزيادة ، فهو شرطُ هبةٍ في بيع ، فيفسد .

وإن أراد إدخاله في المقابلة بالثمن ، فإنْ كانت معلومة الصيعان صَحّ ، وإن كانت الصبرة عشرة أَصْيُع [(٦)] ، فمعناه : صاع وعشر بدرهم .

وإن كانت مجهولةً لم يصح ؛ لأنه لا يدري أشترى بدرهم صاعًا وعُشْرًا ، أو صاعًا وتُسْعًا ، أو ما يتردد [(٧)] فيه ، فيكون الثمنُ مجهولَ الجملةِ والتفصيل [(٨)] .

(١) ليست في (ب) .

(٢) « مبلغ » : ليست في (ب) .

(٣) « فقد » : ليست في (أ) .

(٤) « بعشرة » : ليست في (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « وقوله في أولها : (بعتك هذه الصبرة على أن أزيدك صاعًا) كلام ناقص ، تمامُه أن يقول : (... كل صاع بدرهم على أن ...) ، لكنه قصور في العبارة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥١ أ) .

(٦) في (ب) : « آصع » .

(٧) في (أ) : « يتردد اللفظ » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله في الفرع الثاني في المرتبة الثانية : (لأنه لا يدري أشترى بدرهم صاعًا وعُشْرًا أو صاعًا وتُسْعًا ، وما تردد فيه الاحتمال) يعني : وغير ذلك مما يتردد فيه الاحتمال من الأجزاء من ثُمُن وسُبُع وغيرهما مما يحتمله حال الصبرة لا ما لا يحتمل ، فلا يمكن أن يكون صاعًا وخمسًا ، إذا كنا نعلم أن الصبرة أكثر من خمسة آصع ، وقوله : (فيكون الثمن مجهول الجملة والتفصيل) وقع في نسخة : (وغيرها) ، والصواب : فيكون المثمن بالثمن لا غير » . المشكل (٢ / ٥١ أ) .

وقال ابن الصلاح أيضًا : « ذكر في العلم بالمقدار في المبيع صورة هي من باب الثمن ، وكأنه عنى بالمبيع في أوله ثبوت البيع ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥١ ب) .

فإنْ قيل : فإذا تردد اللفظُ بين الاحتمالات ، فكيف يصح العقد بمجرد إرادة صورة الصحة ؟

قلنا : يُلْتَفَتُ هذا على الأصح في انعقاد البيع بالكناية .

الثالث : إذا باع سمنًا في بستوقة تتفاوت أجزاؤها في الغِلَظِ والدقة [(١)] ، أو صبرة على أرض فيها حُفَر متفاوتة ، فهذا يبطل فائدة العيان في تخمين المقدار ، لا في معرفة الصفة ، ففيه ثلاث طرق :

قال [(٢)] الشيخ أبو علي في مجموعه : وجهان [في] [(٣)] أن البيعَ يصحُّ ؛ لأن معرفة المقدار بعد العيان لو كانت [(٤)] شرطًا لما صَحَّ البيعُ بصبرة من الدراهم مرتبة غير موزونة .

وهذا غريب لم يذكره في شرحه .

الثانية : أنّ العقدَ باطلٌ . قطع به (° بعض المحققين °) ؛ لأن غرره كغرر الجهل بالصفة ، وقد تعذّر تخريجه على بيع الغائب ؛ لأن الرؤية حاصلة ، فمتى يثبت الخيار ، أو [(٦)] كيف يلزم دون الخيار ، وهذا هو المشهور .

الثالثة : وهو المنقاس تخريجه على بيع الغائب [(٧)] ، فإنه لا يتقاصر عمّا إذا قال : [بعتك الثوب الذي في كمي ، فإنّ فيه قولين ، فكذلك هاهنا ، وهذا وجه التخريج] [(٨)] ، اختاره الشيخ أبو محمد .

ثم قياسه أن يقال : معرفة المقدار بالوزن أو برؤية الدكة وقت ثبوت الخيار ، كما أن معرفة الصفة بالرؤية وقته في بيع الغائب .

---

(١) في (ب) : « الرقة » .

(٢) في (أ ، ب) : « حكى » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « كان » .

(٥) في (أ) : « المحققون » .

(٦) في (أ) : « أم » .

(٧) وهذا الطريق هو أصح هذه الطرق ، كما في الروضة : (٣ / ٣٦٩) .

(٨) زيادة من (أ ، ب) .

التفريع :

إن أبطلنا العقد ، فلو نظر إلى صبرة ولم يَدْرِ أنَّ تحتها دكة ، فعقد اعتمادًا على اعتقاده ، فظهرت دكة فهل يتبيّن بطلانُ العقد ، أم يقتصر على الخيار ؟ وجهان :

اختار الشيخ أبو محمد الإبطال ؛ لأنَّ معرفة القدر تحقيقًا أو تخمينًا شرط ، وقد تبينَّ فَقْدُ الشرط . والثاني : أنه يصح (١) ، اعتمادًا على الاعتقاد .

المرتبة الثالثة : العلم بالصفات بطريق الرؤية :

وفي (٢) اشتراطه في الشراء قولان (٣) ، وفي الهبة قولان مرتبان ، وأَوْلَى بألا يشترط ؛ لأنه ليس من عقود المغايبات (٤) ، ليبعد عن الغرر .

وذهب المزني إلى الإبطال (٥) ؛ لأنّ الغرر المجتنب الذي (٦) يَسْهُل إزالته يبطل العقد ؛ لنهيه عن بيع الغرر .

ولا خلاف أن الشمّ والذوق في المشموم والمذوق غير مشروط (٧) ؛ لأن الرؤية أعظم

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٣ / ٣٦٩) . (٢) في (أ) : « ففي » .

(٣) قال في الروضة : « في بيع الأعيان الغائبة والحاضرة التي لم تُرَ ، قولان . قال في القديم و « الإملاء » : والصرف من الجديد يصح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رضي الله عنهم - وقال بتصحيحه طائفة من أئمتنا ، وأفتوا به ، منهم البغوي والروياني . وقال في « الأم » و « البويطي » : لا يصح ، وهو اختيار المزني » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٠) ، والمجموع : (٩ / ٣٥٠) .

(٤) في (أ ، ب) : « المغابنات » .

(٥) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٠) ، المجموع : (٩ / ٣٥٠) .

(٦) في (ب) : « هو الذي » .

(٧) قال الحموي : « قوله : (الرتبة الثالثة : العلم بالصفات بطريق الرؤية) ، إلى قوله : (ولا خلاف أن الشم والذوق في المشموم والمذوق غير مشروط لأن الرؤية أعم) إلى آخره . ذِكْرُ الشيخ أنه لا خلاف أن الشم في المشموم غير مشروط ، وقد ذكر صاحب « التتمة » في المسألتين وجهين ، فهذا يخالف ما ذكره » . ثم قال إجابة عن هذا الإشكال : « أمكن أن يحمل كلامه على ما عدا المسك » . مشكلات الوسيط .

طريق يُعرف به جميع الأشياء ، فالصفات المرئية تدل على جميع المقاصد الخفية غالبًا .

واضطرب الأصحاب في مسألتين :

إحداهما : البائع إذا باع ما لم يره :

منهم من قال : فيه قولان مرتبان ، وأولى بالبطلان ؛ لأن الخيار بعيدٌ عن البائع ، قاله المراوزة . وقيل : أَوْلَى بالصحة ؛ لأنّ المشترى محصِّل والبائع معرِض ، والمتملك بالاحتياط أجدر ، قاله العراقيُّون . وأصحّ المذهب (١) : البطلانُ في الشراء والبيع جميعًا .

ثم إنْ صححنا بيع الغائب ، ففي ثبوت الخيار له عند الرؤية وجهان ؛ أصحهما : الثبوت (٢) ، كالمشتري . وقيل : لا يثبت ؛ لأنّ جانبه بعيد عن الخيار .

ولذلك إذا ظنّ المبيع معيبًا ، فإذا هو سليمٌ ، لا خيار له وإن استضرَّ به .

وهذا يبطل بخيار المجلس والشرط ، فإنهما يشتركان فيه ، وهذا من جنسه .

الثانية : في شراء الأعمي :

طريقان ينشآن على أن التوكيل بالرؤية ، والفسخ هل يجوز ؟ (٣) وفيه وجهان :

أحدهما : المنع ؛ لأنه رأيٌ مجرد ، فصار كما إذا أسلم على عشر نسوة ، ووكل بالاختيار . والثاني : الجواز ؛ كالتوكيل بالرؤية والشراء (٤) .

---

(١) في (أ ، ب) : « المذاهب » .

(٢) الأصح : ألا خيار له ، لا كما قال الغزالي . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٧) ، والمجموع : (٩ / ٣٥٥) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : في شراء الأعمى قال : (على أنّ التوكيل بالرؤية والفسخ هل يجوز ؟) عبارة قاصرة توهم أنه يوكل وكيلًا في أنه يرى المبيع ويفسخ مخصصًا للفسخ ، وهذا ليس فيه توكيل في الرأي المجرد والاختبار وإنما يوكله في أن يرى ويختار الفسخ أو الإمضاء فيكون توكيلًا في الاختيار فيضاهي الاختيار من عشر نسوة ، وسياقُ الكلام يدل على أن هذا هو وجه الكلام ، والله أعلم » . (المشكل: ٢ / ٥١ / ب) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٣٧٧) ، والمجموع : (٩ / ٣٥٩) .

فإنْ جوزنا بالتوكيل خرج شراؤه على القولين ، وإلا قطعنا بالبطلان ؛ إذ لا سبيل إلى الإلزام ولا إلى [١] خيار لا منتهى له .

وفي قبضه بالهبة والدين خلافٌ مرتب على شرائه ، وأَوْلَى بالصحة ؛ لأنه فعل يبعد عن الغرر ، ولو عَمِيَ بعد شراء الغائب فقلنا : لا توكيل في الرؤية ، انفسخ العقد لاستحالةِ التقبيد .

وصحح الشافعي - رضي اللّه عنه - سَلَمَ الأعمى . فقال المزني : لم [٢] يرد به إلا كمه [٢] لأنه لا يعرف الصفات [٣] .

ومن الأصحاب من خالفه ؛ لأنه يتخيل فَرْقًا بين صفات الرداءة والجودة .

التفريع :

إنْ فرعنا على قول اشتراط الرؤية ، فعليه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : أنّ استقصاء الأوصاف على وجه يفيد الإحاطة بالمقاصد ، هل يقوم مقام الرؤية ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لحصول ثمرتها ، [٤] وهي المعرفة [٤] .

والثاني : لا [٥] ؛ إذ الرؤية تطلع على دقائق لا تحيط العبارة بها .

الثانية : رؤية [٦] بعض المبيع [٦] تقوم مقامَ رؤيةِ الكلّ ، إذا كان المرئيّ يدل على الباقي ، كظاهرِ [٧] صبرةِ الحبوبِ ، والمائعات / . هذا إذا كان متصلًا . ٦١/أ

---

(١) « إلى » : ليست في (ب) .
(٢) في (أ) : « يرد إلا كمه » .
(٣) انظر : مختصر المزني : (٢ / ٢٠٤) .
(٤) ليست في (أ) .
(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٣٧٢) ، المجموع : (٩ / ٣٦٠) .
(٦) في (أ) : « البعض المبيع » .
(٧) في (أ) : « كرؤية ظاهر » .

فإن رأى [منه] (١) أنموذجًا ولم يدخل في البيع ، فهو كاستقصاء وصف المبيع .

والأصح (٢) - وهو اختيار الشيخ أبي محمد - : أنه لا يقوم مقام الوصف في السلم ؛ لأن اللفظ والوصف هو المرجع عند الإشكال في السلم .

وإن أُدخل في البيع ، صَحّ على اختيار القفّال ، وهو الأصح ، وفيه وجه .

وإن كان المرئيّ (٣) لا يماثل الباقي نظر ، فإن كان صلاح الشيء في إبقائه مستورًا كحبِّ الرمانِ ولبِّ الجوز ، واللوز ، وأمثاله كفى رؤيةُ الظاهر ؛ للحاجة ، وما ليس كذلك يخرج على بيع الغائب .

فروع أربعة :

الأول (٤) : القشرة العُلْيا من الجوز الرطب . منهم من جعله مانعًا للاستغناء عنه ، ومنهم مَنْ ألحقه بالسفلى ؛ ففيه مصلحة إبقاء الرطوبة . والظاهر : أن القشرة العليا من الباقلي تكفي رؤيتُها ؛ لأنّ الرطوبة فيها مقصودة .

والثاني : الفأرة من المسك كالمسح من النوري (٥) ، والجلد من اللحم .

فلا يكفي النظر إليه ، إذ لا يتعلّق به كثيرُ صلاحٍ ، والمسك نفيسٌ فلا يُحتَمل ذلك فيه اعتيادا .

وقال صاحب التقريب : إذا لم تكن الفأرة مفتوحةً يُحتَمل إلحاقُها بقشرة الجوز . ثم

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) ذكر في الروضة : أنه الصحيح وليس الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٣) ، المجموع : (٩ / ٣٦٠) .

(٣) في (أ) : « المرائي » ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٤) في (أ ، ب) : « أحدهما » ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (كالمسح النورى) « النوري » جنس من النبات منسوبٌ إلى « نور » بلدة من بلاد فارس مما يلي الهند ، وهي بفتح التاء المثناة وتشديد الواو المفتوحة وبعدها الزاي المنقوطة ويقال أيضًا : نوج بالجيم فالناس يخففون الواو فيقولون الثياب النورية ، كذا بخط ابن السمعاني » . (المشكل : ٢ / ٥٢ / أ) .

إذا أُدخلت الفأرة في البيع خرج على نجاسة الفأرة . والصحيح أنها طاهرة تشبيهًا بالبيضة[1] ، فإن الطبية تلقي بطبعها في [2] كل سنة [2] واحدة . والمسك كان أحبّ الطيب إلى رسول اللّه ﷺ ، فلا يليق بالشرع تنجيس طرفه ، وقيل : إنه نجس ؛ لأنه جزءٌ مُبَانٌ من حيٍّ .

الثالث : الديباج المنقَّش ، لا يدل أحد وجهيه على الآخر . والأصح : أن الكِرْبَاس يدل أحد وجهيه على الآخر ، وفيه وجه اعتبارًا لأحد الوجهين بأحد النصفين .

الرابع : لابد وأن يرى من الجارية ما يبدو في حالة المَهْنَة . ولا يُشترَط النظر إلى العورة . وفي الشعر وجهان [3] .

المسألة الثالثة : الرؤية السابقة كالمقارِنة ، إذا كان الشيء مما لا يتغير غالبًا . خلافًا لأبي القاسم الأنماطي ؛ لأنّ المقصود المعرفة .

فرعان :

أحدهما : إذا أقدم [4] على العقد على ظَنّ أنه لم يتغير على الغالب فكان قد تغيَّر على الندور ، فيتبينَّ بطلانُ العقد لتبينِ انتفاء المعرفة ؟ أم يُكتفي بالخيار لبناءِ العقد على ظَنٍّ ؟ فيه خلاف [5] .

الثاني : إذا [6] قال المشتري : تَغَيَّرَ ولي الخيار ، وأنكره البائع ؟ قال صاحب

---

(١) في (أ ، ب) : « بالبيض » . (٢) في (أ) : « السنة » .

(٣) وأصح هذين الوجهين : أنه يشترط رؤية الشعر . انظر الروضة : (٣ / ٣٧٤) ، المجموع : (٩ / ٣٥٢) .

(٤) في (أ ، ب) : « قدم »

(٥) قال في الروضة : « فإذا صححناه ، فوجده كما رآه أولًا فلا خيار . وإن وجده متغيرًا فالمذهب : أنّ العقد صحيحٌ ، وله الخيار ، وبهذا قطع الجمهور ، وذكر في « الوسيط » وجهًا : أنه يتبين بطلانُ البيع لتبينِ انتفاءِ المعرفة » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧١ ، ٣٧٢) ، المجموع : (٩ / ٣٥٨) .

(٦) « إذا » : ليست في (أ) .

التقريب : القولُ قول البائع ؛ إذ الأصلُ عدمُ التغيير ، وقال الخِضْري : بل [1] الأصل عدمُ لزوم الثمن ، والأول أصح [2] .

التفريع على صحة بيع الغائب أربع مسائل :

الأولى : إذا اشترى منديلًا ، نصفُه في صندوقٍ لم يره : قطع المزني بالإبطال ، فيما نقله نصًّا . ومن الأصحاب مَنْ تكلَّف له وجهًا ، وهو أن إثبات الخيار في النصف تخصيصًا محالٌ ، والتعميمُ إثباتٌ في المرئيّ فيؤدي إلى تناقض الحكم . ومنهم مَنْ جعل هذا بيعَ غائبٍ ، وهو الأقيس ، فإنّ موجب [3] الخيار في البعض تسليط على ردِّ كل المبيع ، كالعيب بأحد العبدين ؛ فالتعميمُ غير ممتنع .

الثانية : بَيْعُ اللبن في الضرع باطل ؛ فإنه انضمَّ إلى عدم الرؤية العجز عن تمييز المعقود عليه عن غيره . إذا اللبن في العروق ينصَبُّ إلى الضرع وقت الحلب ، فيختلط به ، وكذلك لو رأى منه أنموذجًا ، وغلط [4] الفوراني إذ ذكر في الأنموذج وجهين . نعم ، لو قبض على قدر من الضرع وأحكم شدَّه ، فوجهان [5] . منهم مَنْ حسم الباب ؛ لأنَّ الاطلاع على عدم الاختلاط غير ممكن ؛ والشّدّ قد يكون سبب حركة الطبيعة وانصباب اللبن .

---

(١) « بل » : ليست في (أ) .

(٢) الأصح المنصوص عليه : أن القولَ قولُ المشتري مع يمينه ، وليس كما قال الغزالي رحمه الله . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٢) ، المجموع : (٩ / ٣٥٩) .

(٣) في (أ) : « ثبوت » .

(٤) في (ب) : « وخلط » .

(٥) قال في الروضة : « بيع اللبن في الضرع باطلٌ ، فلو قال : بعتك من اللبن الذي في ضرع هذه البقرة كذا ، لم يجز على المذهب ، لعدم تَيَقُّنِ وجود ذلك القدر ، وقيل : فيه قولا بيعِ الغائب ، ولو حلب شيئًا من اللبن فأراه ، ثم باعه رطلًا مما في الضرع ، فوجهان كالأنموذج ، وذكر الغزالي الوجهين ، فيما لو قبض قدرًا من الضرع وأحكم شدَّه وباع ما فيه . قلت : الأصح في الصورتين البطلان ، لأنه يختلط بغيره مما ينصبُّ في الضرع » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٥) ، المجموع : (٩ / ٣٩٦) .

وكذلك إذا باع اللحم في الجلد قبل السّلْخ فهو باطل ؛ لأنه إنْ باع دون الجلد فلا يمكن تسليمُه إلَّا بتغيير الجلد .

وبشقِّه ثقبَه غالبًا ، وإن باع مع الجلد قطع الشيخ أبو علي بالبطلان [١] . ووجهه : اتصال المقصود بما ليس بمقصود ، على وجه لا يمكن تحصيل المقصود إلَّا بتغيير وتصرُّف في الجلد بالسلخ ، [٢] والصحيحُ تخريجُه على القولين [٢] [٣] .

أما بيع الروس [٤] والأكارع المسموطة [٥] مع النظر إلى الظاهر : فجائز على القولين ؛ فإن الجلد في حكم جزء يُؤكَل منه .

الثالثة : إذا صححنا بيع الغائب ، فقد اتفق الأكثرون على أنه لو قال : بعتُ منك [٦] ما في كمِّي - ولم يذكر الجنس - لا يجوز [٧] . وهو ظاهر مذهب أبي حنيفة .

وفيه وجه منقاس : أنه يجوز بحصول التعيين بالإشارة ، ثم للأصحاب طريقان : قالت [٨] المراوزة : لا يشترط شيءٌ سوى ذِكْرِ الجنس ، كقوله : بعتُ العبد الذي في البيت .

فلو استقصى الأوصاف ، فهل يَسْقط الخيار لقيام الوصف مقام الرؤية ؟ فعلى الخلاف السابق [٩] .

قال [١٠] العراقيون : يُشْترط ذكر النوع مع الجنس قطعًا . وهو أن يقول : عبدي التركي [١١] .

---

(١) في (ب) : « بالإبطال » .
(٢) ليست في (أ ، ب) .
(٣) قال في الروضة : « بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ باطل ، سواء بِيع الجلد واللحم معًا أو أحدهما » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٥) ، المجموع : (٩ / ٣٦١) .
(٤) في (ب) : « الرؤس » .
(٥) في (ب) : « المسموط » .
(٦) « منك » : ليست في (أ) .
(٧) في (أ) : « لم يجز » .
(٨) في (أ ، ب) : « قال » .
(٩) الأصح : أن له الخيار . انظر الروضة : (٣ / ٣٧٧) .
(١٠) في (أ) : « وقال » .
(١١) وهذا الطريق هو الصحيح . انظر الروضة : (٣ / ٣٧٦) ، المجموع : (٩ / ٣٥٣ ، ٣٥٤) .

وهل يشترط استقصاء الأوصاف حتى ينعقد بيعُ الغائب على خيار الرؤية فعلى وجهين [١] . والطريقتان متباعدتان .

الرابعة : / يثبت الخيار في بيع الغائب بالرؤية . وله الفسخ قبل الرؤية . وفي الإجازة قبلها وجهان ، أظهرها [٢] : أنها لا تصح ؛ لأنَّ الرضا قبل حقيقة المعرفة ، ولو تصوَّر لحصل بقوله : اشتريت ، فليس في قوله : أجزت زيادةٌ عليه . ٦١/ب

فرع :

لو رأى ثوبين ثم سرق أحدهما من البيت ، وهو لا يدري أنّ المسروق أيهما . فاشترى الثوبَ الباقي ، فقد اشترى معينًا مرئيًا [٣] . وقد وقعت المسألة في الفتاوى ، فقلت : إنْ تساوى صفة الثوبين وقدرهما وقيمتهما ، كنصفى كِرْبَاسٍ واحدٍ صَحّ العقد .

وإن اختلف شيء من ذلك ، خرج على قولَي بيعِ الغائب ، لأنه ليس [٤] يدري أن المشترَى خمسةُ أذرع مثّلا أم عشرة . ورؤيتُه السابقة لم تُفِد العلمَ بقدر المبيع ووصفه في حالة البيع ، فلا أَثَرَ لها .

* * *

---

(١) أصح هذين الوجهين وهو المنصوص في « الإملاء » والقديم : أنه لا يُشترط استقصاء الأوصاف . انظر الروضة : (٣ / ٣٧٦) .

(٢) ذكر في الروضة : أن هذا الوجه هو الصحيح وليس الأظهر كما قال الغزالي رحمه الله . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٧) ، المجموع : (٩ / ٣٥٥) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في آخر الباب : (وقد اشترى مُعينًا مرئيًا) هو بالعين والنون وقد يقرأ معيبا بالعين والباء وليس بالجيد ؛ لأنه إن كان المراد أنه معيب في حال العقد مدى فيما سبق ولا معنى له مع ما سبق بيانه من أن الرؤية السابقة كالمقارنة فلا يكون هذا مناط اللفظ حتى يتعرض له وإن كان المراد أنه وإن كان مرئيًا حقيقة فهو كالغائب من حيث المعنى لأن الرؤية السابقة لم تفدِ العلم بالمبيع » . المشكل (٢ / ٥٢أ) .

(٤) في (أ) : « لا » .

الباب الثاني

في

فساد البيع بجهة الربا

المبيع إذا كان ربويًّا اشتُرط في عقده وراء ما ذكرناه من الشرائط السابقة في الباب الأول ثلاث شرائط :

التماثُلُ بمعيار الشرع والحلول – ونعني به مَنْعَ الأجل والسَّلَم [(١)] – ، و[وجوب] [(٢)] التقابض في مجلس العقد .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله في الربا : (والحلول ويعني به مَنْعَ الأجل والسلم) فذكْرُه السَّلم إنما يستقيم إذا أراد بيع السلم الحال فيه ، وفي ذلك وجهان مذكوران في السّلم من « البسيط » واختار هناك الجواز واستبعد المنع ، واللّه أعلم .

ثم جزم بالصحة فيما إذا تساوت صفتهما وقدرهما وقيمتهما مع جزئية الخلاف في الصورة الثانية ، والتحقيق يوجب إجزاء الخلاف المذكور في استقصاء الوصف في صورة التساوي في مسألة الأنموذج من حيث إنه ذكره لا محالة اعتمادًا على مساواة غير المبيع في الصفة المعلومة بالمشاهدة فهو كالأنموذج الذي ليس يمتنع المساوي في الصفة للمبيع ولا فرق ، واللّه أعلم .

ثم ذكر التساوي في القيمة اعتبارًا للقيمة مع الوصف ولا وجود لمثله في هذا الباب ، واللّه أعلم » . المشكل : (٢ / ٥٢ / ب) .

قال الحموي : « ذكر الشيخ – رحمه اللّه – الحلول ويعنى به منع الأجل ، وإذا كان كذلك فلا حاجة إلى ذكر السّلم ؛ فإنه قد نفاه بقوله مع الأجل » . ثم رَدّ على ذلك بقوله : « إنما فرض الشيخ ذلك لأنه لا يفهم منه في الغالب إلا الحلول في البيع ، فمنع الأجل بالحلول ومنعه أيضًا في السّلم ، لأنه في الغالب لا يكون إلا مؤجلًا فبقى ذلك بذكر الأجل ، ولو اقتصر على أحدهما لم يُفْهم منه نَفْيُ الآخر فذكرهما جميعًا وبين أنْ لا فرقَ بينهما ، والإشكال ضعيف » . مشكلات الوسيط (٨٢ ب - ٨٣ أ) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

هذا إذا بيع الربويُّ بجنسه ، فإنْ بِيعَ بربويٍّ آخر يُشاركه في العلة التي هي قرينة الجنسية يسقط [1] اشتراط التماثل ، وبقي اشتراط التقابض والحلول .

وأنكر أبو حنيفة - رحمه اللّه - شرط التقابض إلّا في عقد الصرف [2] .

وإن بِيع بما لا يدخل في الربويات سقطت هذه الشرائط كلُّها .

ومعتمد الباب ما روى الشافعي - رضي اللّه عنه [3] - بإسناده عن مسلم بن يسار ورجلٍ آخر عن عبادة بن الصامت عن النبي - عليه السلام - أنه قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، والورِقَ بالورقِ ، والبرَّ بالبرّ ، والتمر بالتمر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عينًا بعين ، يدًا بيدٍ ، فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدًا بيد » . [4]

---

(١) في (أ) : « سقط » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن المال قد يكون ربويًّا وقد لا يكون ، فإذا لم يكن المال ربويّا وأُريد بيعُ هذا المال بمالٍ آخر فلا تجب رعايةُ المماثلة بين هذين المالين ، ولا الحلول أي منع الأجل والسَّلم ولا التقابض في المجلس ، وسواء كان هذا المال الآخر ربويًّا أو غير ربوي ، أما إذا أُريد بيع مالٍ ربوي بآخر ربوي ، فإن هذين المالين قد يكونان ربويين بعلّتين ، أو بعلةٍ واحدة ، فإن كانا بعلتين ، كأن يبيع الحنطة بالذهب أو الفضة فلا تجب رعاية المماثلة ، ولا التقابض ولا الحلول . وإن كانا بعلّة واحدة ، فقد يتحد الجنس وقد يختلف ، فإن اتحدَ - كأنْ يبيع الذهبَ بالذهب ، أو الحنطة بالحنطة - فَتَثْبُت أحكام الربا الثلاثة ، فتجب رعايةُ المماثلة والحلولُ والتقابضُ في المجلس ، وإن اختلف الجنس - كأن يبيع الحنطة بالشعير ، أو الذهب بالفضة ، فيسقط اعتبار المماثلة . ويُعتبر الحلول والتقابض في المجلس .

ومذهب الحنفية : أنه لا يشترط رعايةُ التقابض في المجلس في جميع الربويات حيث يكفي فيها التعيين ، ولا يُشْترط التقابض في المجلس إلا في عقد الصرف وهو ما يقع على جنس الأثمان من الذهب والفضة ، انظر : التنبيه : (٦٤) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٣٨٠) ، المجموع : (٩ / ٥٠٥) ، مختصر الطحاوي : (٧٥) ، شرح فتح القدير : (٧ / ١٧ ، ١٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣١) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٧) .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٢ / ١٣٦ ، ١٣٧) .

(٤) أخرج البخاري عدة أحاديث بألفاظ مختلفة قريبة من معنى هذا الحديث ، من ذلك ما رواه عن أبي بكرة قال : قال رسول اللّه ﷺ : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواءً بسواء ، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء وبيعوا الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئتم » . انظر البخاري مع الفتح : (٤ / ٤٤٠ - =

أوجب عند التجانس ثلاثة أمور ، وعند اختلاف الجنس أوجب التقابض ونَفْي السلم بقَوله : يدًا بيد .

والربا في النقدين عندنا ، معلَّل بكونهما جوهري الأثمان ، فيتعدى إلى الحُليِّ وكلِّ ما يُتّخَذ منهما ، ولا يتعدَّى إلى غيرهما [1] . وكذلك عند مالك ، وقال أبو حنيفة :

= ٤٤٥) . (٣٤) كتاب البيوع ، أبواب : (٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨) . رقم : (٢١٧٠ ، ٢١٧١ ، ٢١٧٢ ، ٢١٧٣ ، ٢١٧٤ ، ٢١٧٥ ، ٢١٧٦ ٢١٧٧) ، ومسلم : (٣ / ١٢١٠ ١٢١١) (٢٢) كتاب المساقاة (١٥) باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا (١٥٨٧) . وانظر سنن أبي داود : (٣ / ٢٤٦) . كتاب البيوع . باب في الصرف (٣٣٥٠) . والترمذي : (٣ / ٥٤١) (١٢) كتاب البيوع (٢٣) باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل (١٢٤٠ ، ١٢٤١) ، والنسائي : (٧ / ٢٧٤ - ٢٧٧) (٤٤) كتاب البيوع (٤٣ / ٤٤) .

باب بيع البرّ بالبرّ ، وبيع الشعير بالشعير (٤٥٦٢ ، ٤٥٦٣ ، ٤٥٦٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٥٧ - ٧٥٨) (١٢) كتاب التجارات (٤٨) باب الصرف وما لا يجوز متفاضلًا يدًا بيد (٢٢٥٤) . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي (٥ / ٢٧٦ - ٢٧٨) .

(١) قال الحموي : « ذكر الشيخ الحديث المشهور ، وهو قوله ﷺ : « ... الذهب بالذهب ، والورق بالورق ، ... » ثم قال الشيخ : (في النقدين معلل بكونهما جوهري الأثمان ، فيتعدى إلى الحلي ، وكل ما يتخذ منهما ، ولا يتعدى إلى غيرهما) ، وإذا كان كذلك فلا حاجة إلى ذكر التعدي ، فإن تعدية الحكم إلى غيره إنما تكون عند عدم النص ، وهاهنا النص مطلق يَعُمّ الحليّ وغيره ، فعلى هذا لا حاجة إلى ذكر التعدي ، كما لا يخفى . وعنه جوابان :

أحدهما : أن بعض العلماء قد ذهب إلى أن الورق لا يطلق إلا على المسكوك دون غيره ، وإذا كان كذلك احتمل أن يراد بالذهب الدنانير أيضًا ؛ لأجل قرينة ذكر الورق ، وإذا كان كذلك لم يَبْقَ النصّ صريحًا ؛ لدخول الحلي عليه وعلى غيره ، فذكر ذلك القيد حتى يعلم أن المراد بذلك جنس الذهب والفضة . وبه خرج الجواب .

الجواب الثاني أن يقال : اختلف الحكم فيه في باب الزكاة من حيث إن الحلي المباح لا زكاة فيه على أحد القولين ، مع كون النص مطلقًا ، احتمل أن يقال : فيه خلاف مثله ، فلما تعرض لذلك في مسألتنا علم أنه ليس كهو ، كما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (٨٣ أ - ٨٣ ب) .

معلَّل [١] بالوزن والجنسية [٢] .

وعلةُ الربا في الأشياء الأربعة عندنا : الطعم والجنس .

وقال أبو حنيفة : العلة مركَّبة من [٣] الكيل والجنسية [٤] . ومذهب ابن المسيب : أن العلة هي الطعم في الجنس والتقدير ، وهو قول قديم للشافعي رضي الله عنه .

والجنسية عندنا محل العلة ، فهي بمجردها لا تحرم النَّسَاء ، بل يجوز إسْلامُ الثوب

---

(١) في (أ ، ب) : « يعلل » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن الربا في الذهب والفضة مُعلل بكونهما جوهري الأثمان ويدخل في ذلك الحُليّ والأواني المصنوعة منهما ، ولا يتعدى إلى غيرهما من الحديد والنحاس وهذا هو مذهب المالكية .

ومذهب الحنفية : أنّ الربا معلل في النقدين بالوزن مع الجنس ، فإذا بيع الموزون بجنسه متفاضلًا لم يجز ، ويجوز مُتماثلًا . انظر التنبيه : (٦٤) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٩ ، ٣٨٠) ، **المجموع** : (٩ / ٤٩٠، ٤٩٣) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (١ / ١٦١) ، مختصر الطحاوي : (٧٥) ، **شرح فتح القدير** : (٧ / ٣ ، ٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٢٨) .

(٣) في الأصل : « في » ، وما أثبتناه من (أ ، ب) وهو أولى .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن علة الربا في الأشياء الأربعة وهي : البرّ ، والشعير ، والتمر ، والملح : الطعم مع الجنس ، فيحرم الربا في كل ما يطعم إن اتحد جنسُه ، وسواء كان مما يُكال أو يوزن ، أم لا . وهذا على الجديد الأظهر ، أما القديم : فاشتُرِطَ مع الطعم والجنس الكيل أو الوزن فيحرم الربا في كل ما يطعم مما يُكال أو يُوزن إن اتحد جنسه .

ومذهب الحنفية : أن العلة في الأشياء الأربعة هي : الكيل مع الجنس ، فتكون العلة في الربا عندهم عمومًا ، سواء في الأشياء الأربعة أو النقدين هى : الكيل أو الوزن مع الجنس فيحرم الربا في كل ما يُكال أو يوزن إذا اتحد الجنس ، انظر : التنبيه : (٦٤) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٣٧٩) ، **المجموع** : (٩ / ٤٩٦) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٦١) ، مختصر الطحاوي : (٧٥) ، **شرح فتح القدير** : (٧ / ٣ - ٤) ، الاختيار لتعليل المختار (٢ / ٣٠ ، ٣١) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٥) .

في جنسه ، خلافًا لأبي حنيفة [١] . ويجري الربا عندنا في دار الحرب ، خلافًا له [٢] .

وإذا اشترى الشيء [٣] بأقل مما باعه نقدًا صَحَّ العقدان عندنا .

وقال مالك : بطل العقدان ؛ لأنه ذريعةٌ إلى الربا .

وقال أبو حنيفة : بطل العقد الثاني [٤] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا تكفي الجنسية وحدها في المال حتى يحرم فيه النسيئة ، فيجوز إسلام الثوب في ثوبين من جنسه ، إلا إذا اجتمع مع الجنس الطعم ، أو الثمينة . فتحرم النسيئةُ وكذلك الفضل إنْ كان الجنس واحدًا .

ومذهب الحنفية : أنه يكفي توافرُ الجنس لحرمة النَّساء ، أو توافر الكيل أو الوزن لحرمته ، فإذا وُجِدَ أيّ من الجنس أوالكيل والوزن فيحرم النَّساء فقط دون الفضل ، وإذا وُجِدَ مع الجنسِ الكيلُ أو الوزنُ فيحرم الفَضْل والنَّساءُ ، وإذا لم يوجد الجنس ولا الكيل أو الوزن جاز الفَضْلُ والنَّساء . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٠) ، المجموع : (٩ / ٥٠٤) ، شرح فتح القدير : (٧ / ١٠ ، ١١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣٠ ، ٣١) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن الربا يجري في دار الحرب جريانَه في دار الإسلام ، فيحرم فيه أيضًا سواء فيه المسلم والكافر ، وهو مذهب أبي يوسف صاحب أبي حنيفة .

ومذهب الحنفية : أنه لا يتحقق الربا بين المسلم والكافر في دار الحرب لأنّ مالَهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم كان مباحًا ، بخلاف المُستأمِن منهم ؛ لأنّ ماله صار محظورًا بعقد الأمان . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٧) ، المجموع : (٩ / ٤٨٨) ، شرح فتح القدير : (٧ / ٣٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٩) .

(٣) « الشيء » : ليست في (أ) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز بيع العِينة ، وهو أن يبيع غيره شيئًا بثمنٍ مؤجل ، ويُسَلّمه إليه ، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن نقدًا .

ومذهب الحنفية : أنه يصح البيع الأول ، ويبطل البيع الثاني .

ومذهب المالكية : أنه يبطل العقدان جميعًا سَدًّا لذريعة الربا . انظر مختصر المزني : (٢ / ٢٠١) ، التنبيه : (٦٧) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٤١٨ ، ٤١٩) ، مختصر الطحاوي : (٨٢) ، الكافي : (٣٢٥) ، القوانين الفقهية : (٣٦٣) .

وأدلة هذه المسائل مستقصاة في الخلاف .

والنظر الآن إنما يطول في الربا الفضل ؛ فإن التقابض وتحريم النسيئة فرعان له يجريان في [كل] [١] عينين جمعتْهما قرينةُ الجنسية ، من النقدية أو الطُّعم والكلام يتعلق بأطراف :

الطرف الأول : فيما يجري [٢] الربا فيه [٢] بعلة الطُّعْم :

وهو كل ما ظهر منه [٣] قَصْد الطعم وإن ظهر منه قصدٌ آخر ، ويدخل فيه الفواكه ، والأدوية ، ومنه الطين الأرضي ، وكذا الطين الذي يؤكَل سفهًا على الصحيح وكذا الزعفران ، وإنْ قصد منه الصبغ ، وكذا الماء فإنه مطعوم .

وفي دهن البنفسج ، ودهن الكتان ، ووَدَك السمك خلاف [٤] . وقطع العراقيون بأنّ الربا لا يجري فيها [٥] ؛ لأنها لا تؤكل في حالها على عموم ولا على الندور ، بل دُهْنُ الكتان للاستصباح ، ووَدَكُ السمكِ لِطَلْيِ السفن [٦] .

---

(١) زيادة من (أ ، ب) .

(٢) في (ب) : « فيه الربا » .

(٣) في (أ) : « منه » .

(٤) الأصح : أن دهن البنفسج ربوي ، ودهن الكتان وودك السمك ليس بربوي . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٩) ، المجموع : (٩ / ٤٩٨) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (وفي دهن البنفسج ودهن الكتان ودهن السمك خلاف ، وقطع العراقيون بأن الربا لا يجرى فيها) هكذا وقع فيما وقفنا عليه من النسخ وهو مشكل ، وإصلاحه يحصل بحرف واحد هو أن يجعله « لا يجري فيهما » بالتثنية وهو راجع إلى دهن الكتان وودكِ السمك خاصة دون دهن البنفسج ، وإلّا فما عقيبه يدل قطعًا على هذا ، ثم ذكره من قطع العراقيين فى دهن الكتان وودك السمك صوابه إضافته إلى بعض العراقيين ، فإن الذي نعرفه عن العراقيين إجراء الخلاف في الجميع ، واللّه تعالى أعلم » . المشكل (٢ / ٥٢ ب) .

(٦) قال في المجموع : « والرابع : ما يُراد للاستصباح كدهن السمك وبذر الكتان ودهنه وفيه وجهان مشهوران في الطريقين ؛ ذكرهما المصنف بدليلهما : أصحهما : أنه ليس بربوي . وأما قول إمام الحرمين والغزالي : إن العراقيين قطعوا بأنه لا ربا فيه فليس بمقبول ، بل الخلاف فيه مشهور في كتب العراقيين ، واللّه أعلم » . انظر : المجموع (٩ / ٤٩٨) .

أما دهن البنفسج ، قال العراقيون : القول [1] المنصوص فيه أنه يجري فيه الربا ؛ لأنَّ الناس لا يتناولونه ضنة به . وفيه قول قديم مخرَّج .

ومن أصحابنا من أجرى الربا في الكل ؛ نظرًا إلى الأصل الذي منه الاستخراج ، وإعراضًا عن الحال .

الطرف الثاني : في الخلاص من ربا الفضل :

والمطعوم ينقسم : فالذي يُعتاد تقديره تحصل المماثلة فيه بمعيار الشرع والعبرة فيه بعصر رسول الله ﷺ فلا يوزن مكيل [2] في عصره ، ولا يُكَال موزون [3] ، فإنْ فعل فلا أثر له في الصحة .

وإن وجد شيء لا يُعرف له معيار في عصره فخمسة أوجه :

أحدها : الوزن ؛لأنه أحصر .

الثاني : الكيل ؛ لأنه أعم .

الثالث : التخيير ؛ للتعادل .

الرابع : يرجع إلى عادة أهل العصر ، وهو الأفقه [4] .

الخامس : يرجع إلى معيار أصله إن كان مستخرجًا من أصل .

ويجوز الكيل بقصعة لا يُعتَاد الكيل بها ، كما يجوز التعديل بالوضع في كفتي الميزان ، وللقفَّال في الكيل بالقصعة تردُّد [5] .

---

(١) « القول » : ليست في (أ) .

(٢) زاد في (ب) هنا كلمة : « الشرع » ، ولا حاجة إليها .   (٣) في (ب) : « موزونة » .

(٤) ذكر النووي وجهًا سادسًا ، وقال : إنه الأصح . وهو أنه تعتبر عادة الوقت في بلد البيع . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٣) ، المجموع (١٠ / ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩)

(٥) والأصح : جواز الكيل بالقصعة . انظر الروضة : (٣ / ٣٨٣) .

أما إذا باع صبرةً بصبرة جزافًا فهو باطل ، وإن خَرَجَتا متماثلتين خلافًا لزفر .

أما غير المقدر : كالبطيخ والسفرجل والقثّاء والبيض والجوز [١] ، مما له كمال في حالة جفافه ، فلا يُباع بعضُه بالبعض في حالة الرطوبة أصلًا ، وإن لم يكن له / حالة ٦٢/أ جفاف ، فوجهان ؛ أحدهما : جواز البيع بالوزن متساويًا .

والثاني : أنه لا يجوز [٢] ؛ إذ ليس للشرع فيه معيار ، ولا للعادة .

ثم إنْ جفف نادرًا ففي بيع بعضهِ بالبعض وزنًا وجهان مرتبان على حالة الرطوبة وأولى بالجواز ، ووجه المنع : أن الجفاف نادر فيه غير مقصود ، فيلحق بحالة الرطوبة ، كأنه لم يوجد الجفاف ، والجواز أقيسُ .

الطرف الثالث : في الحالة التي تُعتبَر المماثلة فيها :

وقد سُئل رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر . فقال : « أينقص الرطب إذا جَفَّ ؟ فقال السائل : نعم ؟ فقال : « فلا إذًا » [٣] . منع وعلَّل بتوقع النقصان بالنسبة إلى حالة الجفاف ، فدلَّ على أن المطلوب التماثل بالإضافة إلى تلك الحالة [٤] ، فلا يُباع الرطب

---

(١) في (ب) : « والنبق » .

(٢) وهذا القول الثاني هو الأظهر ، انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٤ ، ٣٨٩) ، المجموع (١٠ / ٣٠٥) .

(٣) أخرجه أبو داود : (٤ / ٢٤٨) . كتاب البيوع . باب في التمر بالتمر (٣٣٥٩) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٨) (١٢) كتاب البيوع (١٤) باب ما جاء في النهى عن المحاقلة والمزابنة (١٢٢٥) . ولفظه : « أينقص الرطب إذا يبس ؟ » قالوا نعم فنهى عن ذلك ، والنسائي : (٧ / ٢٦٨ ، ٢٦٩) (٤٤) كتاب البيوع (٣٦) اشتراء التمر بالرطب (٤٥٤٥ ، ٤٥٤٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٦١) (١٢) كتاب التجارات . (٥٣) باب بيع الرطب بالتمر (٢٢٦٤) . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي : (٥ / ٢٩٤ - ٢٩٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٩ ، ١٠) . حديث رقم : (١١٤٢) .

(٤) في (أ) : « الحال » .

بالرطب ، والعنب بالعنب وإن تماثلا ؛ لأنّ تفاوت النقصان عند الجفاف لا ينضبط .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : يجوز بيع الرطب بالرطب ، والتمر بالتمر جميعًا [(١)] .

وما تختلف حالُه من المطعومات ثلاثة : الفواكه ، والحبوب ، والمعروضات على النار . أما الفواكه : فكلٌّ ما يُجَفَّف للادّخار ، يَحْرم بيعُه في حالة الرطوبة .

فروع أربعة [(٢)] :

أحدها : الرطب الذي لا يتهِمر . فيه وجهان : أحدهما : منع البيع [(٣)] ؛ لأن له حالةَ جفافٍ على الجملة والرطوبة توجب تفاوتًا .

والثاني : الجواز ؛ لأنا فهمنا رعايةَ المماثلة في أكمل الأحوال وفي أشرف الأشياء . والشرف في الطعم ، وكمال الحال في الرطوبة فيما يفسد بالجفاف . وعلى هذا لا يجوز بَيْعُ رطبه بالتمر .

هذا مدلول كلام الأصحاب ، [وينقدح جوازه كما جاز بالرطب] [(٤)] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز بَيْعُ الرطب بالتمر ، ولا الرطب بالرطب . ولا بيع العنب بالعنب . ولا العنب بزبيب ، وكذلك كل ثمرة لها حالُ جفافٍ حيث تُعتبر المماثلة في حال الجفاف فقط ، وهو مذهب أبي يوسف ، ومحمد بن الحسن .

ومذهب أبي حنيفة : أنه يجوز بَيْعُ الرطب بالتمر وبالرطب أيضًا ، يدًا بيد ، مثلًا بمثل . انظر : مختصر المزني : (٢ / ١٥١) ، التنبيه : (٦٥) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٨ ، ٣٨٩) ، المجموع : (١٠ / ٣٠٦ ، ٣٠٧) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٦٢) ، مختصر الطحاوي : (٧٧) ، شرح فتح القدير : (٧ / ٢٧) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٣٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٥٨) .

(٢) « أربعة » : ليست في (أ) .

(٣) ذكر في الروضة : أنهما قولان وليسا وجهين وأنّ الأول هذا هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٤) .

(٤) زيادة من (أ) .

الثاني : المشمش والخوخ وما يجفف على ندور ، فيه ثلاثة أوجه [1] ؛ أحدها : المنع ؛ لأن له حالة جفاف . والثاني : الجواز ؛ لأن الرطوبة أكمل أحواله . والثالث : المنع رطبًا ويابسًا إذا لم يتقرر له حالة كمالٍ ، وللعنب في [2] الكمال حالتان : الزبيب ، والخل .

الثالث : يُباع الزيتون بالزيتون ، واللبن باللبن ، وهي أحوال كمالها [3] ؛ فإنّ الزيت والسّمن ، وما إليه مصيرهما ليس من جنسهما .

الرابع : يحرم بَيْعُ التمر بعد نزع النَّوى ؛ لأنه يفسد كماله وادخاره ، وللعراقيين فيه وجه .

واللحم يُبَاع البعض بالبعض في حالة التعدد [4] بعد نزع [4] العظم ، ومع العظم لا ؛ لأن الإصلاح في نزعه .

وقيل : إنه يجوز بَيْعُ اللحم - في حالة الرطوبة - باللحم [5] ؛ لأنّ التقدير فيه كالنادر . وقيل : إنّ نزع العظم غير واجبٍ ، وهو بعيد .

وأما المشمش والخوخ : منهم مَنْ ألحقهما بالتمر [6] ، ومنهم من ألحقهما باللحم ،

---

(١) قال في الروضة : « وكذا كل ثمرة لها حال جفاف ، كالتين ، والمشمش ، والخوخ والبطيخ والكمثرى اللذين يفلَّقان ، والإجّاص ، والرمان الحامض ، لا يُبَاع رطبها برطبها ولا بيابسها . حُكي وجه في المشمش والخوخ ، وما لا يعمم تجفيفُه عموم تجفيف الرطب : أنه يجوز بيع بعضها ببعض في حال الرطوبة ، لأنها أكملُ أحوالها ، وهذا الوجه شاذ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٩) ، المجموع : (١٠ / ٣١٠ - ٣١١) .

(٢) في (ب) : « من » .

(٣) في (ب) : « كمالهما » .

(٤) في (ب) : « ونزع » .

(٥) « باللحم » : ليست في (ب) .

(٦) زاد (ب) هنا : « في المنع من نزع النوى » .

في وجوب نزع [1] النَّوى أو منعه [1] [2] .

أما الحبوب : فلا خلاص عن الرِّبا فيها بالمماثلة إلا في حالة كمالها ، وهو أن يكون حَبًّا ، فكمال البُرِّ في حالة [3] كونه بُرًّا ، إلا أن تكون مقلية أو مبلولة أو كِشْكًا مُهَرَّسًا ، فإنّ كلَّ ذلك يُفْسِد الادخارَ . والأرز لا يبطل ادخارُه بتنحية قشرته .

وفي الجاورش تردّدٌ ، فإنْ خرج عن كونه حبًّا فلا خلاصَ فيها بالمماثلة ، كالدقيق ، والسَّويق ، والكعك ، والخبز ، وسائر أَجزاء البُرِّ .

وللشافعيّ نصوصٌ قديمة في أجزاء البر مضطربة ، ولكن قرار المذهب [4] ما ذكرناه .

نعم ، السِّمسم - وماله دهنٌ من الحبوب - يجوز بيعُ الدهن بالدهن منه متماثلًا ؛ لأنه - أيضًا - حالة كمال .

أما اللبن : فكماله [5] أن يكون لبنًا . ويُبَاع الزبد بالزبد أيضًا ، كما في دهن السمسم بدهن السمسم ، وكذا المخيض بالمخيض ، إلا أن يكون فيه ماء .

---

(١) في (ب) : « العظم » . ويقول الحموي : « فإن قيل : كان ينبغي أن يقول : (ومنهم من ألحقهما بالتمر في المنع من نزع النوى) وإلا فجميع التمر بالتمر جائز ، وكان ينبغي أن يقول : (ومنهم من ألحقهما في وجوب نزع اللحم) لا في وجوب نزع التمر ؛ لأنه يفسد المبيع بخلاف نزع العظم .

قلت : أما قوله : (فمنهم مَنْ ألحقهما بالتمر في المنع من نزع النوى) فهم ذلك من الكلام المتقدم ، وأما في وجوب نزع اللحم ففي بعض نسخ الكتاب : (نزع العظم) ، ولا يصح الجواب إلا على هذا التقدير » . مشكلات الوسيط (٨٣ ب - ٨٤ أ) .

(٢) والأصح : أنه لا يبطل كمال المشمش والخوخ بنزع النوى . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٣) .

(٣) « حالة » : ليست في (أ) .

(٤) انظر : مختصر المزني : (٢ / ١٤٤) ، التنبيه : (٦٥) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٨٩ - ٣٩٠) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٦٢) .

(٥) في (ب) : « فحاله » .

ويُباع اللبن بالرائبِ المنعقد ، وإن كان خاثرًا ، إلا أن يكون معروضًا على النار . وأجزاء اللبن كالمصل والأَقِطِ ، والجبُن لا يُباع بعضُها ببعض ، ولا بالمخيض ولا باللبن ؛ لمفارقة حالة الكمال ؛ وأجزاء اللبن كالدقيق والخبز مع البُرِّ .

أما المعروضات على النار : فهي مفارقة لحالة [1] الكمال ، ومنه اللحم المشوي والمطبوخ والدِّبس .

أما السكر والفانيذ والقَنْدُ واللِّبأ [2] - وهو لبن عُرِض على النار أدنى عرض - والعسل المُصَفَّى بالنار ، في كل ذلك خلافٌ لضعف أثر النار ، والعسل [3] المصفى بالشمس حاله [4] حال كمال وفاقًا .

والصحيح [5] : جوازُ بيعِ العسل بالعسل ، وإن عُرِض على النار ؛ لأن ذلك للتمييز ، فهو كبيع السَّمن بالسمن [فإنه] [6] جائز ، وإن كان لا يجوز بيع السَّمن بالزُّبد ؛ لأنّ أَثَرَ النار عند ذلك يظهر التفاوت .

الطرف الرابع : في اتحاد الجنس واختلافه :

والنظر في اللحوم والألبان والأدقة والأَدْهَان والخلول والحلاوات .

أما اللحوم : ففيها قولان ؛ أصحهما [7] - وهو اختيار المزني - [8] : أنها أجناس ؛

---

(١) في (أ ب) : « حالة » .

(٢) قال في الروضة : « فلا يجوز بَيْعُ الدبس بالدبس ، والسكر بالسكر ، والفانيذ بالفانيذ ، واللِّبأ باللِّبأ ، على الأصح في الجميع » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٢) ، المجموع : (١٠ / ٣٩٩) .

(٣) في (ب) : « وفي العسل » .

(٤) « حاله » : ليست في (ب) .

(٥) ذكر في الروضة أنه الأصَحّ . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٣) .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) قال في الروضة : « أظهرهما : أنهما أجناس » . ولم يقل أصحهما ، لكونهما قولين . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٤) .

(٨) انظر : مختصر المزني (٢/١٥٥، ١٥٦).

لاختلافِ الحيوانات ، وكيف يُجَانِس لحمُ العصفور لَحْمَ الإبل ؟ والثاني : أنها جنس ؛ لأنها اندرجت تحت اسم واحدٍ لا يتميز بعضُها إلا بالإضافة ، كأنواع التمر والعنب .

وعلى هذا ، في البَرِّي مع البحري وجهان [١] ؛ لأنا قد لا ندرج الحوت تحت اسم اللحم في التمييز .

وإن قلنا : إنها أجناس : فأنواع الغنم من الضأن والمعز جنس [واحد] [٢] ، وكذا أنواع الحمام من الدبسي والفواخت ، والبحريات جنسٌ واحد إن أطلقناه [٣] أحللنا الكل [٤] / بتسميتها حوتًا ، وإن لم ندرجها تحت اسم الحوت فهي أجناس .

٦٢/ب

فإن قيل : الكرش ، والكبِد والطِّحالُ والرِّئة ، والأمْعَاء ، وما يختص باسمٍ واحدٍ خاصّ ، ما حكمها [٥] ؟

إن [٦] قلنا : إن اللحوم أجناس ، فهذه مع اختلاف الأسامي أولى ، وإن قلنا : إنها جنسٌ ، فهذا [٧] ينبني على اليمين ؛ فكل ما يحنث الحالف على تناول اللحم بتناوله فهو جنس اللحم [٨] ، وكل [٩] ما لا يحنث به ، ففيه وجهان ؛ لأن اليمينَ يُبْنَى على الاسم لا على حقيقة الجنسية [٩] . والمذهب : أن الحالف على اللحم لا يحنث بشيء من ذلك ، ويحنث بالرّوس والأكارع ، ولا يحنث بالشحم والألية ، ويحنث بسمين اللحم .

وألحق المراوزةُ القلبَ باللحم . وألحقه العراقيون بالكبد .

---

(١) أصح هذين الوجهين : أن البَرّي مع البحري جنس واحد . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٤) .

(٢) زيادة من (أ ، ب) .

(٣) « أطلقناه » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) في (أ ، ب) : « الأكل » .

(٥) المذهب : أنها أجناس : انظر الروضة : (٣ / ٣٩٥) .

(٦) زاد (ب) قبلها : « قلنا » .

(٧) في (أ ، ب) : « فهذه » .

(٨) في (أ) : « واحد » .

(٩) العبارة ليست في (أ) .

فإنْ قيل : هل يجوز بيعُ اللحمِ بالحيوان ؟

قلنا : لا ، إذ وَرَدَ النهيُ فيه ، وذلك في بيع لحم الغنم بالغنم .

أما البقر ، وغير الغنم يُبنى على اتحاد الجنس ، إن قلنا : اللحوم جنس (١) حرم ، وإن قلنا : أجناس ، فقولان ؛ أقيسُهما : الصحة (٢) ؛ إذ فهمنا تقديرَ اللحم بالحيوان (٣) إذا قوبل بجنسه ، إذ لو استرسلنا على العموم انجرّ إلي مَنْعِ بيع اللحم بالحمار وبالعبد .

ونحن قد نخصص العمومَ بقرينة معنوية تُفْهم من اللفظ كتخصيصنا اللمس بغير المحارم ، وحرمان الميراث بمن ليس مستحقًّا للقتل ، حتى لا يحرم المقتص والجلاد أما الأدقة ، فهي أجناس مختلفة .

والمذهب : أنّ الألبان كاللحوم (٤) [لأنها أجزاؤها ، انحضرت منها] (٥) ، والأدهان مختلفة ، وقيل يُخَرّج على قولي اللحوم (٦) .

أما الدهن والكسب فجنسان ، كالسمن والمخيض . والخلول كالأدهان .

وفي خلِّ العنب وعصيره وجهان ؛ أظهرهما (٧) : اختلاف الجنس ، وإن كان ذلك بغير (٨) الصفة ؛ لأن تغيير الصفة قد يجعل غير الربوي ربويًّا [والظاهر : أن السكر والفانيذ جنسي (٩) ، لأنّ أصلهما القصب والتفاوت يسير] (١٠) .

---

(١) زاد (أ) : كلمة : « واحد » .

(٢) ذكر في الروضة أن أظهرهما البطلان . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٦) .

(٣) في (أ) : « في الحيوان » .

(٤) انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٥) .

(٥) زيادة (ب) .

(٦) في (ب) : « اللحم » .

(٧) قال في الروضة : « أصحهما » وليس أظهرهما . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٥) ، المجموع : (١٠ / ٤٣٤) .

(٨) قي (أ ، ب) : « بتغير » .

(٩) قال في الروضة : « والسكر مع الفانيذ ، وجهان ، أصحهما : جنسان » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٣٩٥) .

(١٠) العبارة ليست في (أ) .

الطرف الخامس : في قاعدة مُدّ عجوة :

وضبط القاعدة : أنّ الصفقة مهما اشتملت على مال الرِّبَا من الجانبين ، واختلف الجنس من الجانبين (١ أو من أحدهما ١) فالبيعُ باطلٌ ؛ ولأجله يبطل بيع الهروي بالهروي ، وبالنُّقْرة ، وبالنيسابوري ، وكذلك بيع المعجونات والمخلوطات بعضها ببعض ، وكذلك الشهد فإنه عسل وشمع ، وكذا الجبن ففيه ماء وملح ، وكذا خل الزبيب ففيه ماء ، وبيع مُدٍّ ودرهم بمدين أو درهمين ، أو مد ودرهم باطل (٢) .

والأصل فيه ما رَوَى فضالةُ بن عبيد أن رسول الله ﷺ أتي بقلادة فيها ذهبٌ وخرز

---

(١) ليست في (أ) .

(٢) قال الحموي : « قوله رحمه الله : (وضبط القاعدة أن الصفقة مما اشتملت على مال الربا من الجانبين واختلف الجنس أو النوع من الجانبين أو من أحدهما ، فالبيع باطل) .

قال المصنف عفا الله عنه - : « من شروط الضابط ألا يدخل فيه ما ليس منه ولا يخرج عنه ما هو داخل فيه ، وإذا كان كذلك ولم يكن ما ذكره الشيخ ضابطًا مطلقًا من حيث إنه لم يرد فيه قيد آخر متقول فيه : لم يتحد الجنس أو النوع ، ومعلوم أنه لابد منه ولو لم يكن الأمر على ما ذكرت ، وإلا كان ينبغي أنه لا يكون يجوز بيع مُد حنطة بِمُدَّيْ شعيرٍ ، أو بيع درهم ودينار بمدَّيْ شعير ، أو بيع درهم ودينار بمدي حنطة وما أشبهه ، ولا خلاف أن هذ جائز وفاقًا ، والضابط الصحيح : أن مهما اشتملت الصفقة على مال الربا من الجانبين واختلف الجنسُ أو النوعُ من الجانبين أو من أحدهما واتحد من الجانبين أو من أحدهما : فالبيعُ باطلٌ ، وأيضًا ينتقض هذا بما إذا باع إنسانٌ دارًا فيها جمة ماء بدار فيها جمة ماء، وقلنا الصحيح من المذهب : أن الماء ربوى فإنّ الصحيح من المذهب الجواز مع وجود ما ذكره من القيود .

قال المصنف : « أمكن أن يجاب عن الأول بأن يقال : ذكر الشيخ قبل هذه المسألة أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وإذا كان كذلك صَحّ ما ذكره الشيخ وكان مجهولًا على هذا، وأن ما ذكره ليس فيه زيادة أو نقصان أكثر من أنه مجمل فتحمل عليه اتحاد الجنس أو النوع .

والجواب عن الثاني : فمراده بذلك إذا كان مقصودًا بنفسه بخلاف جمة الماء ، فإنه ليس بمقصودٍ غالبًا بالنسبة إلى الدار ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٨٤ أ - ٨٥ أ) .

تُباع [بالذهب] [١] ، فأمر بنزع الذهب ، وقال : « الذهب بالذهب وزنًا بوزن » [٢] .

ولأنّ ما في أحد الجانبين إذا وُزِّع على ما في الجانب الثاني - باعتبار القيمة - أَفْضَى [٣] إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة .

وهذا [٤] المعنى يجري في اختلاف النوع ، فنصّ [٥] الشافعي على أنه لو رَاطَل مائةَ دينار عتق [٦] ومائة دينار رديء [٧] بمائتي دينار وَسَط بطل العقد [٨] .

وهذا مُشْكِلٌ مع تحقق المماثلة في الوزن بين العوضين ، ولكن التوزيع باعتبار القيمة يفضي إلى المفاضلة [٩] .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الحديث أخرجه مسلم : (٣ / ١٢١٣) (٢٢) كتاب المساقاة (١٧) باب بيع القلادة فيها خرز وذهب (١٥٩١) ، وأبو داود : (٣ / ٢٤٦ ، ٢٤٧) . كتاب « البيوع » باب في حلية السيف تباع بالدرهم » (٣٣٥١ ، ٣٣٥٢ ، ٣٣٥٣) ، والترمذي : (٣ / ٥٥٦) (١٢) كتاب البيوع (٣٢) باب « ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز (١٢٥٥) ، والنسائي : (٧ / ٢٧٩) (٤٤) كتاب البيوع (٤٨) باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب (٤٥٧٣ ، ٤٥٧٤) .

وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٩) حديث رقم : (١١٤١) .

(٣) في (أ) : « أفضى ذلك » .

(٤) في (أ) : « فهذا » .

(٥) في (أ) : « ونص » .

(٦) في (ب) : « عبق » .

(٧) في (ب) : « رديئة » .

(٨) انظر : مختصر المزني : (٢ / ١٥٤) ، التنبيه : (٦٥) .

(٩) قال الحموي : « قوله : (نص الشافعي أنه لو راطل مائة دينار عتق ومائة دينار رديء بمائتي دينار وسط بطل العقد) وهذا مشكل مع تحقق المماثلة في الوزن بين العوضين ، لكن التوزيع باعتبار القيمة يفضى إلى المفاضلة .

قال المصنف : أشكل على الشيخ - رحمه الله - تحقيق المماثلة مع عدم الجواز ، وليس هذا من خصوصية هذه المسألة ، فإن ذلك يرد على قاعدة مُدّ عجوةٍ ، وإذا كان كذلك فلا يخلو إما أن يريد بتحقيق المفاضلة طريق القطع أو غلبة الظن ، فإن أراد بالأول فلا يمكن كما لا يخفى ، وإنْ أراد به الثاني =

وكان إمام الحرمين يُخالف المذهب في مسألة المراطلة ، ويُبطل التعليل بالتوزيع ويُعلل بالجهل بالمماثلة ، وذلك يجري عند اختلاف الجنس .

فروع ثلاثة :

الأول [(١)] : إذا باع خمسةَ دراهم مُكَسَّرة وخمسةً صحاحًا ، بعشرة مكسَّرة أو صحيحة ، فيه وجهان ذكرهما الأصحاب : أحدهما : البُطلان [(٢)] : كما في مسألة

= فلا يتوجه على مسألة المراطلة إشكال ، وأن الحديث الذي نقله فضالة عن النبي ﷺ يقتضي أنه لا يجوز من أنه لم يتحقق فيه المساواة ، وهو قد قال بعده : (ولأن ما في أحد الجانبين إذا وزع على ما في الجانب الآخر باعتبار القيمة أفضى إلى المفاضلة أو الجهل بالمماثلة ، وإذا كان كذلك اقتضى أنه يصح في صورةٍ ما إذا باعه دينارًا ودرهمًا بدينارٍ ودرهم من سكة واحدة ، كالدرهم الكاملي مع الدينار المصري ، والمنقول أنه لا يصح ، ومعلومٌ أن المفاضلة لا تتصور كما لا يخفى ، فعلى هذا لم يصح ما ذكره .

قال الحموي : « وإذا كان كذلك إلا أنه ليس من خاصية هذه المسألة ، لكن لما لزم الإشكال على هذا اقتضى أن يرد ذلك على مسألة مُدّ عجوةٍ على الإطلاق ، وإنا إذا قلنا : مائة دينار عتق ومائة دينار رديء ومائتي دينار وسط ، كان ذلك من حيث الوزن سواء ، وقد قال النبي ﷺ : « الذهب بالذهب والورق سواء بسواء » وقد وُجد ، وهذا يرد على قاعدة مُدّ عجوة ، لكن لما قال النبي ﷺ في حديث فضالة إنه لا يجوز حتى يميزه وأمره بنزع الذهب ، وذلك يقتضي المفاضلة عند التقويم ، وذلك في مسألة المراطلة فإنه يفضى [إليه] عند التقويم ، فعلى هذا يقتضى أنه يصح بيع دينار بدينار ودرهم من سكة واحدة ووزن واحد ، لكن لما كان غالب صور مُدّ عجوة يفضي إلى المفاضلة ألحق به ما ذكرنا بطريق التبعية ، فإن من عادة الشارع أن يطرد نادر القواعد بغالبها ، ومع هذا قد ذكرها صاحبُ « التتمة » وجوز الصورة التي ذكرناها نظرًا إلى كونه لا يقع المفاضلة ، وقد بالغ إمام الحرمين وقال : يصح في مسألة المراطلة ويبطل التعليل بالتوزيع ويعلل بالجهل بالمماثلة ، وقد أشار إليه الشيخ بعده في « الوسيط » .

قال المصنف : وكان يقول المتبع في الحديث لم يكن في التوزيع وإنما كان لأجل احتمال المفاضلة ، ولهذا قال النبي ﷺ : « لا حتى يميزه » وهذا ضعيف ، فإنه يخالف ما نصّ عليه الشافعي ويخالف مذهب أبي حنيفة وغيره من العلماء » . مشكلات الوسيط (٨٥ أ - ٨٦ ب) .

(١) في (أ ، ب) : « أحدهما » .

(٢) هذا الوجه هو الصحيح المعروف الذي قطع به الجمهور ، انظر الروضة : (٣ / ٣٨٦ ، ٣٨٧) .

المراطلة لأن القيمة تختلف بالصحة والتكسر [١] . والثاني : الصحة ؛ إذ الغالبُ جريانُ المسامحة باشتمال الدراهم على مكسرات ، فصفة الصحة في محلِّ المسامحة ، فهو [٢] خارج عن القصد ، بخلاف العتق والرداءة في الذهب ، بل هذا كاشتمال الصَّاع على تميرات رديئة لو مُيِّزتْ لنقصَ قيمتُها بالإضافة إلى غيرها ، ولا خلاف أن ذلك غير منظورٍ إليه .

الثاني : إذا باع الحنطة بالشعير وفي أحدهما حبَّات من جنس الآخر : إن كان مقدارًا يُقصد اختلاطه أو تحصيله فهو مانع ، وإلا فلا .

وكذلك إنْ بيع الحنطة بالحنطة وفيهما [٣] تراب ، إن كان يظهر أثره في المكيال فباطل ؛ لأنه يتفاوت [٤] القدر وتجهل المماثلة ، ويرعى في الحبات من (٥ جنس الآخر ٥) ظهور قَصْدِ المالية لا النقصان في المكيال .

الثالث : بَيْعُ الشاةِ اللَّبون بالشاة اللَّبون : باطلٌ ؛ لأن اللبن مقصود مع الشاة .

وفي بيع دار فيها جمة ماءٍ بمثلها وجهان [٦] إذا قلنا : الماء ربوي ؛ لأنّ الماء لا يُقصد عينه مع الدار ، واللبن مقصودٌ مع الشاة .

وسَوَّى أبو الطيب بن سلمة بين اللبون وبين مسألة الدار في المنع [٧] .

---

(١) في (أ ، ب) : « الكسر » .
(٢) في (ب) : « وهو » .
(٣) في (أ) : « فيها » .
(٤) في (ب) : « متفاوت » .
(٥) في (ب) : « الجنس الآخر » ، وفي (أ) : « جنس آخر » .
(٦) الأصح من هذين الوجهين هو صحة البيع . انظر : الروضة (٣ / ٣٨٨) .
(٧) قال الحموي : « قوله - رحمه الله - : (الثالث : بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون باطل ، لأن اللبن مقصود مع الشاة ، وفي بيع دار فيها جمة ماء بمثلها فيه وجهان إذا قلنا أن الماء ربوى لأن الماء لا يقصد عينه مع الدار واللبن مقصود مع الشاة ، وسوى أبو الطيب بن سلمة بين الشاة اللبون ومسألة الدار في المنع) .

قال المصنف : المنقول في المذهب وغيره من الكتب المطولة عن أبي الطيب : أنه يجوز في الشاة اللبون ، ومسألة الدار وما ذكره من النقل يقتضي أنه لا يجوز فيها عند أبي الطيب وهو مخالفٌ لنقلِ الأصحاب .

=

فإنْ قيل : ما الفرقُ بين التمر والشهد ، وفي التمر نوى كما أن في الشهد شمعًا ؟ قلنا : النوى من صَلَاح التمر ، وليس الشمع من صلاحِ العسل ، فلم يُعَدَّ جزءًا منه .

فإنْ قيل : إذا جَوَّزتم بَيْعَ اللبن باللبن ولم تقدوره سمنًا ومخيضًا ، فَلِمَ [١] منعتم بَيْعَ السمن باللبن ؟ وهلَّا قلتم : لا يُقدر السمن في اللبن كما لم يقدر إذا قوبل اللبن باللبن ؟ قلنا : لأنّ الجنسية معلومةٌ بين اللبنين ، فلا يحتاج [٢] إلى تقدير ، ولا تمييز بين السمن / والمخيض فيه [٣] ، حتى نحكم باجتماع الجنسين [٤] ، وإذا قُوبل السَّمن باللبن ، لم يمكن ٦٣/أ إطلاقُ القول بالجنسية ، ولا باختلاف الجنس لأن فيه من جنسه ، فَغَلَبَ جانبُ التحريم

* * *

= قال المصنف : لا يبعد أن تكون الرواية تختلف عن أبي الطيب ، فيكون الشيخ قد عمل بالرواية التي بلغته ، وغيرُه عمل بما قد بلغه .

قال الحموي : « والجوابُ الصحيح عندي » الجمعُ بين النقلين ، فإن الشيخ أولًا ذكر أن بيع الشاة اللبون باطل ، ثم ذكر في جمة الماء وجهين ، ثم علل الوجه الأول وقال : إن الماء لا يُقْصد عينُه مع الدار ، فيكون على هذا الوجه قد فرق هذا القائلُ بين الشاة اللبون ومسألة الدار ، ثم ذكر بعده وسوّى أبو الطيب بين الشاة اللبون ومسألة الدار في المنع في المسألة الأولى وقال بالجواز فيها ، ومنع أيضًا مَنْ قال بعدم جواز في الثانية ، وإذا كان كذلك صَحّ ما ذكره الشيخ ، ويكون المراد بالمنع ما ذكرناه » . مشكلات الوسيط (٨٦ ب - ٨٧ ب) .

(١) في (أ) : « لم » .

(٢) في (أ) : « حاجة » .

(٣) في (أ) : « في اللبن » .

(٤) في (أ) : « جنسين » .

الباب الثالث

في

فساد العقد من جهة نهي الشارع عنه

وعندنا أن مطلق النهي (١ عن العقد ١) يدل على (٢ فساد العقد ٢) إلا إذا ظهر تعلُّقُ النهي بأمرٍ غير العقد ، اتفق مجاورته للعقد .

كقوله - تبارك وتعالى - : ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَۚ ﴾ [٣] ، فحكم [٤] بصحة البيع في وقت النداء ؛ إذ عُلِمَ قطعًا أنّ النَّهْيَ عن البيع لا لأمرٍ راجع إلى عينه ، [فإنه] [٥] غير محذور ، والمحذور [٦] تركُ الجمعةِ وقد حصل بالبيع ، وهو غير متعلق بمقاصد البيع ، فلم يتأثر به .

فإذن المناهي قسمان :

---

(١) « عن العقد » : ليست في (أ ، ب) .

(٢) في (أ) : « فساده » .

(٣) سورة الجمعة : الآية (٩) .

(٤) في (أ) : « يحكم » .

(٥) زيادة من (أ ، ب) يقتضيها السياق .

(٦) في (أ) : « بل المحذور » .

[القسم] [١] الأول : ما لم يدلّ على الفساد

(وهي خمسة)

الأول : نهيه ﷺ عن النَّجَش [٢] :

قال الشافعي : ليس ذلك من أخلاق ذوي الدين [٣] .

والنجش : هو الرفع [٤] ، والناجش : مَنْ [٥] يطلب سلعةً بين يدي الراغب [فيها] [٦] بأكثر من قيمتها - وهو لا يريدها - لِيَرْغَبَ فيها المستامُ .

فهذه خديعة مُحَرَّمة ، ولكن العقد صحيح من العاقدين ، والإثم يلحق [٧] غيرهما .

ثم لا خيار إن لم تَجْرِ مواطأةٌ من البائع ، وإنْ جرى فوجهان :

أحدهما : لا [٨] ، كما لا يثبت بالغبن في كل بيع .

والثاني : نعم ؛ لأنه غَبْنٌ استند إلى تلبيسٍ فضاهى غَبْنَ المُصَرَّاة وصورةَ تلقِّي الركبان .

---

(١) زيادة من المحقق .

(٢) أخرجه البخاري : (٤ / ٤١٦) (٣٤) كتاب البيوع (٦٠) باب النجش (٢١٤٢) ، وطرفه : (٦٩٦٣) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٦) (٢١) كتاب البيوع (٤) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١٥١٦) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٧) كتاب البيوع - باب في النهي عن النجش (٣٤٣٨) ، والترمذي : (٣ / ٥٩٧) (١٢) كتاب البيوع (٦٥) باب ما جاء في كراهية النجش في البيوع (١٣٠٤) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٨) (٤٤) كتاب البيوع (٢١) باب النجش (٤٥٠٥) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٤) (١٢) كتاب التجارات (١٤) باب ما جاء في النهي عن النجش (٢١٧٣) .

(٣) انظر مختصر المزني : (٢ / ٢٠٤ ، ٢٠٥) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٤١٦) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قال : (النجش الرفع) ، قلت : الصحيح أنه من قولهم : (نجش الصيد) إذا استثاره ، فإن الذي يزيد في الثمن يَسْتثير المستامَ لِيُحدِثَ زيادةً في الثمن ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٣ أ) .

(٥) « من » : ليست في (أ) .   (٦) زيادة من (أ) .

(٧) « يلحق » : سقطت من (أ) .   (٨) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٤١٦) .

الثاني [١] : قوله - عليه السلام - :

« لا يبيعنّ أحدُكم على بيعِ أخيه ، ولا يَسُومَنَّ على سَوْمِ أخيه » [٢] .

فإذا كان المتعاقدان في مجلس العقد ، فطلب طالبٌ السلعةَ بأكثر من الثمن [٣] ؛ ليرغب البائع في فسخ العقد ، فهذا هو البيع على بيع الغير ، وهو مُحَرم ؛لأنه إضرارٌ بالغير ، ولكنه منعقد ؛ لأن نفسَ البيع غير مقصود بالنهي فإنه لا خلل فيه ، وكذلك إذا رغب المشتري في الفسخ لغرضِ سلعةٍ أجود منها بمثلِ ثمنها ، أو مثلها بدون ذلك الثمن .

والسَّومُ على السَّومِ : أن يطلب السلعة بزيادة على ما استقرَّ الأمر عليه بين المتساومين قبل البيع .

---

(١) في (أ) : « والثاني » .

(٢) أخرج نحوه البخاري : (٤ / ٤١٣ ، ٤١٤) (٣٤) كتاب البيوع (٥٨) باب لا يبيع على بيع أخيه ، ولا يسوم على سوم أخيه (٢١٣٩ ، ٢١٤٠) ، وأطرافهما : (٢١٦٥ ، ٥١٤٢ ، ٢١٤٨ ، ٢١٥٠ ، ٢١٥١ ، ٢١٦٠ ، ٢١٦٢ ، ٢٧٢٣ ، ٢٧٢٧ ، ٥١٤٤ ، ٥١٥٢ ، ٦٦٠١) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٤) (٢١) كتاب البيوع (٤) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١٤١٢ ، ١٤١٥) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٦) كتاب البيوع - باب في التلقي (٣٤٣٦) ، والترمذي : (٣ / ٥٨٧) (١٢) كتاب البيوع (٥٧) باب ما جاء في النهي عن البيع على بيع أخيه (١٢٩٢) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٨) (٤٤) كتاب البيوع (١٩ ، ٢٠) باب سوم الرجل على سوم أخيه وبيع الرجل على بيع أخيه (٤٥٠٢ - ٤٥٠٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٣ ، ٧٣٤) (١٢) كتاب التجارات (١٣) باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يسوم على سومه (٢١٧٢) .

(٣) قال ابن الصلاح : « ذكر في تفسير البيع على بيع أخيه : (أن يطلب طالبٌ السلعة في المجلس بأكثر ؛ ليرغب البائع في فسخ العقد) وقال : (فهذا هو البيع على بيع الغير) ، والأول هو الشراء على شراء الغير ، ويمكن الاعتذار له بأن الشراء يُسمَّى بيعًا أيضًا قال اللّه - تعالى - : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ ، أي : باعوه ؛ ولأنّ البائع إذا فسخ البيع الأول ثم باع من الثاني فهو بالثاني بائعٌ على بيع أخيه الأول ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٥٣ أ) .

وقد جاء في بعض النسخ ومنها (ب) : « بأكثر من ثمن المثل » ، وقد ذكر الحموي استشكالًا في هذا لبعض الفقهاء ورد عليه بقوله : « فإن قيل : لم خص الشيخ ذلك بالزيادة على ثمن المثل ، والمنقول أنه إذا زاد زيادة رغب فيها البائع في فسخ العقد وإن كانت دون المثل أو أكثر من ثمن المثل ؟ قلت : مراده بذلك أن يزيد على ثمن المثل ، لأن الزيادة تكون أكثر ما تكون عن ثمن المثل ، والإشكال ضعيف ذكرته لكون بعض الفقهاء يستشكله » . مشكلات الوسيط .

وإنما يحرم على مَنْ بلغه الخبر ؛ فإنّ تحريمه خفيٌّ قد لا يَعْرفه [كل أحد] [(١)] ، بخلاف النَّجَش ، فإنَّ تحريم الخداع جليٌّ في الشرع .

ثم قالت [(٢)] المراوزة : الخِطْبة على الخِطْبة - أيضًا - محرمة كالسَّوْم ، ولكنْ سكوتُ الولي ثَمَّ [(٣)] كالإجابة على أحد القولين ، كما ذكرناه في النكاح ، والسكوت في البيع لا يُحَرِّم السوم .

وقال العراقيون : لا فَرْقَ ، بل التعويل على فَهْم الرضا بالقرينة في المسألتين فيحرم ذلك بعد فهم الرضا [(٤)] بالإجابة فيهما ، وهذا أفقه .

الثالث : نهى ﷺ عن [(٥)] أنْ يبيع حاضرٌ لبادٍ [(٦)] :

وهو أن يأتي البدويُّ البلدةَ ومعه قوتٌ يبغي التسارعَ إلى بيعه رخيصًا ، فيقول له البلدي : اتركْه عندي لأغالي في بيعته [(٧)] .

فهذا [(٨)] الصنيع مُحرم [(٨)] ؛ لما فيه من الإضرار بالغير ، والبيع إذا جرى مع المغالاة

(١) زيادة من (أ ، ب) .
(٢) في (أ ، ب) : « قال » .
(٣) في (أ ، ب) : « ثمة » .
(٤) العبارة ليست في (أ) .
(٥) « عن » : ليست في (أ) .
(٦) أخرجه البخاري : (٤ / ٤١٣ ، ٤١٤) (٣٤) كتاب البيوع (٥٨) باب لا يبيع على بيع أخيه (٢١٤٠) ، وأطرافه : (٢١٤٨ ، ٢١٥٠ ، ٢١٥١ ، ٢١٦٠ ، ٢١٦٢ ، ٢٧٢٣ ، ٢٧٢٧ ، ٥١٤٤ ، ٥١٥٢ ، ٦٦٠١) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٧) (٢١) كتاب البيوع (٦) باب تحريم بيع الحاضر للبادي » (١٥٢٠ ، ١٥٢١ ، ١٥٢٢ ، ١٥٢٣) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٧) - كتاب البيوع - باب في النهي أن يبيع حاضر لباد (٣٤٣٩ ، ٣٤٤٠ ، ٣٤٤١ ، ٣٤٤٢) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٥) (١٢) كتاب البيوع (١٣) باب ما جاء لا يبيع حاضرٌ لباد (١٢٢٢ ، ١٢٢٣) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٦) (٤٤) كتاب البيوع (١٧) باب بيع الحاضر للبادي (٤٤٩٢ ، ٤٤٩٧) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٤) (١٢) كتاب التجارات (١٥) باب النهي أن يبيع حاضرٌ لبادٍ (٢١٧٥) .
(٧) في (أ) : « ثمنه » .
(٨) في (أ) : « صنع محرم » ، في (ب) : « الصنيع محرم » .

منعقد ، وهذا إذا كانت السلعة مما تَعُمُّ الحاجةُ إليها [١] . فإن كانت [سلعة] [٢] مما لا تعم الحاجةُ إليها [٣] ، [٤] وكثرت الأقواتُ [٤] واسْتُغْنِيَ عنه ففي التحريم وجهان [٥] : يعول في أحدهما على عموم ظاهر النهي وحَسْم باب الضرر ، وفي الثاني على معنى الضرر .

الرابع : قوله [٦] ﷺ :

« لا تتلقوا الرُّكْبانَ بالبيع ، فَمَنْ تُلُقِّيَ فصاحبُ السلعة بالخيار بعد أنْ يَقْدُمَ السوق » [٧] .

وصورتُه : أنْ يَسْتقبل [٨] الركبان ، ويكذب في سعر البلد [٩] ، ويشتري بأقل [من ثمن المثل] [١٠] ، فهو تغرير مُحرمٌ ، ولكن الشراء منعقد .

(١) في (ب) : « إليه » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « إليه » .

(٤) في (أ) : « وكثر القوت » .

(٥) قال في الروضة : « ولتحريمه شروط : أحدها : أن يكون عالمًا بالنهي فيه . وهذا شرط يعُم جميع المناهي . والثاني : أن يكون المتاع المجلوب مما تعُم الحاجة إليه كالأطعمة ونحوها . فأما ما لا يحتاج إليه إلا نادرًا ، فلا يدخل في النهي . والثالث : أن يظهر ببيع ذلك المتاع سعة في البلد ، فإن لم يظهر لكبرِ البلد ، أو قلةِ ما معه ، أو لعمومِ وجوده ورخص السعر ، فوجهان ، أوفقهُما للحديث : التحريمُ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٤) .

(٦) « قوله » : ليست في (أ) .

(٧) جاء في هذا النهي في أحاديث منها ما أخرجه البخاري : (٤ / ٤٣٧) (٣٤) كتاب البيوع (٧١) باب النهي عن تلقي الركبان وأن بيعه مردود (٢١٦٥) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٦ ، ١١٥٧) (٢١) كتاب البيوع (٥) باب تحريم تلقى الجلب (١٥١٧ ، ١٥١٨ ، ١٥١٩) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٦ ، ٢٦٧) كتاب البيوع – باب في التلقي (٣٤٣٦ ، ٣٤٣٧) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٤) (١٢) كتاب البيوع (١٢) باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع (١٢٢١) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٧) (٤٤) كتاب البيوع (١٨) باب التلقي (٤٤٩٨) (٤٥٠١) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٥) (١٢) كتاب التجارات (١٦) باب النهي عن تلقي الجلب (٢١٧٨ ، ٢١٨٠) .

(٨) في (أ) : « يتلقى » .

(٩) في (أ) : « البلدة » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

ثم إن كذب وظهر [١] الغبن ثبت الخيار . وإنْ صدق فوجهان ، يُعَوَّل في أحدهما على عموم النهي ، وفي الآخر على معنى الضرر .

فجامع هذه المناهي يرجع إلى عَقْدٍ لا خَلَلَ فيه ويتضمن إضرارًا ، ولأجله نَهَى - عليه السلام - عن الاحتكار [٢] وهو ادخارُ الأقواتِ للغلاء ، ونهى عن التسعير ؛ لأن تصرف الإمام في الأسعار يحرك الرغبات ، ويُفْضي إلى القحط ، وقال [٣] العلماء : يُكْرَه بيع السلاح من قطاع الطريق وبَيْعُ العصير من الخمار ؛ لأنه إعانةٌ على المعصية والإضرار .

الخامس : نهى عن التفريق بين الوالدة وولدها في البيع [٤] .

والظاهر : أنّ الوالد في معنى الوالدة ، ولا يتعدّى إلى غيرهما من الأقارب ، وفي الجدة احتمال .

---

(١) في (أ) : « فظهر » .

(٢) انظر في ذلك النهي : فتح الباري (٤ / ٤٠٧ - ٤١٢) (٣٤) كتاب البيوع (٥٤) باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، ومسلم : (٣ / ١٢٢٧) (٢٢) كتاب المساقاة (٢٦) باب تحريم الاحتكار في الأقوات (١٦٠٥) ، ولفظه : « من احتكر فهو خاطئ » ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٩) ( ) كتاب البيوع باب في النهي عن الحكرة (٣٤٤٧) ، والترمذي : (٣ / ٥٦٧) (١٢) كتاب البيوع (٤٠) باب ما جاء في الاحتكار (١٢٦٧) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٢٨) (١٢) كتاب التجارات (٦) باب الحكرة والجلب (٢١٥٣ - ٢١٥٥) .

وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٣) حديث رقم : (١١٥٥) .

(٣) في (أ) : « فقال » .

(٤) جاء هذا النهي في أحاديث منها ما أخرجه البخاري : (٤ / ٤١٨) (٣٤) كتاب البيوع (٦١) باب بيع الغرر وحبل الحبلة (٢١٤٣) ، وأطرافه : (٢٢٥٦ ، ٣٨٤٣) ، وصحيح مسلم : (٣ / ١١٥٣ - ١١٥٤) (٢١) كتاب البيوع (٣) باب تحريم حبل الحبلة (١٥١٤) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٣) كتاب البيوع - باب في بيع الغرر (٣٣٨١) ، والترمذي : (٣ / ٥٨٠) (١٢) كتاب البيوع (٥٢) باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع (١٢٨٣) .

ثم يختص بما قبل التمييز ، فلا يجري [فيما] [١] بعد البلوغ ، وفيما بين السِّنَّيْنِ وجهان [٢] .

وفي فساد هذا البيع قولان : أحدهما : لا ؛ [٣] لأن النهي راجع للإضرار [٣] ، فيحرم ولا يفسد البيع ؛ إذ لا خلل في نفسه ، والثاني : أنه لا ينعقد [٤] ؛ لأنّ التسليم تفريقٌ ، وهو محرم ، والممنوع [٥] شرعًا كالممتنع [٦] حِسًّا ، فيلحق بالعجز عن التسليم .

ويقرب من هذا بَيْعُ السلاحِ من أهل الحرب . قال الأصحاب : هو باطلٌ ؛ لأنهم لا يُعِدُّون [٧] إلا لقتالنا ، فالتسليم [إليهم] [٨] إعانةٌ محرّمة ، وفيه وجه آخر : [٩] أنه محرم وينعقد [٩] ، كالبيع من قُطَّاع الطريق ، وهو منقاس ، ولكنه غير مشهور .

* * *

القسم الثاني من المناهي : ماحُمِلَ على الفساد

وذلك إما لتطرُّقِ خللٍ إلى [١٠] الأركان والشرائط ، التي سبقت / في الباب ٦٣/ب

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) قال في الروضة : « وإلى متى يمتدُّ تحريمُ التفريق ؟ قولان : أحدهما : إلى البلوغ . وأظهرهما : إلى بلوغ سنّ التمييز سَبْعَ سنين ، أو ثمان سنين تقريبًا » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٧) ، المجموع : (٩ / ٤٤٣) .

(٣) في (أ) : « لأنه راجع إلى الإضرار » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٤١٧) ، المجموع : (٩ / ٤٤٢) .

(٥) في (أ) : « فالممنوع » .

(٦) في (أ) : « كالممنوع » .

(٧) في (ب) : « يعدونه » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « أنه ينعقد ويحرم » .

(١٠) في (أ) : « في » .

الأول . أو [(١)] لأنه لم يَبْقَ للنهي متعلِّقٌ سوى العقد منفصلًا عنه ؛ فحُمل على الفساد .

وهي ثمانية :

الأول : نَهْيُه عن بيع حَبَلِ الحَبَلَة [(٢)] : وله تأويلان :

أحدهما : أن يبيع بثمنٍ إلى أجل ، وهو [وضع] [(٣)] نتاج الناقة . فإنه أجل مجهول يطرق جهلًا إلى الثمن .

والثاني : بيع [(٤)] نتاج النتاج قبل الوجود على عادة العرب ، وهو بَيْعُ ما ليس بمملوكٍ ولا مَقْدورٍ ولا معلوم .

الثاني : نَهْيُه عن بيع الملاقيح والمضامين :

والملقاح : هو ما في بطن الأم [(٥)] .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤١٨) (٣٤) كتاب البيوع (٦١) باب بيع الغرر وحبل الحبلة . (٢١٤٣) ، وأطرافه : (٢٢٥٦ ، ٣٨٤٣) ، ومسلم : (٣ / ١١٥٣) ، (٢١) كتاب البيوع (٣) باب تحريم بيع حبل الحبلة (١٥١٤) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٢) . كتاب البيوع . باب في بيع الغرر (٣٣٨٠) ، والترمذي : (٣ / ٥٣١) (١٢) كتاب البيوع (١٦) باب ما جاء في بيع حبل الحبلة (١٢٢٩) ، والنسائي : (٧ / ٢٩٣) (٤٤) كتاب البيوع (٦٧) باب بيع حبل الحبلة (٤٦٢٢ - ٤٦٢٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٤٠) (١٢) كتاب التجارات (٢٤) باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص (٢١٩٧) . وراجع تلخيص الحبير : (٣ / ١١) حديث رقم : (١١٤٥) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) كلمة : « بيع » : ليست في (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « في بعض النسخ : الملقاح ما في بطن الأم ، وفي بعض النسخ : الملاقيح ما في بطن الأم . والأول لا يكاد يصح من حيث اللغة وإن كان قد قال في « البسيط » : الملاقيح ، جمع الملقاح ؛ إذ واحد الملاقيح عند صاحب « صحاح اللغة » ملقوحة ، وعند بعضهم . المشكل (٢ / ٥٣/أ) .

والمضامين : ما [هو] [١] في أصلاب الفحول ، فهي [٢] غير مقدورة ولا معلومة .

الثالث : نَهْيُه عن بيع الملامسة : وله تأويلان :

أحدهما : أن يقول : مهما لَمَسْتَ ثوبي فهو مبيعٌ منك [٣] وهو [٤] باطل ، لأنه تعليقٌ ، أو عدولٌ عن الصيغة الشرعية . وقيل : [معناه] [٥] : أن يجعل اللمس بالليل في الظلمة قاطعًا للخيار . ويرجع ذلك إلى تعليق اللزوم ، وهو غير نافذ .

ونهى عن [بيع] [٦] المنابذة وهو في معنى الملامسة فالنَّبْذُ كاللمسِ .

وقيل : معناه : أن تتنابذ السلع ، وتكون معاطاةً . ولا [٧] ينعقد بها البيع عندنا .

الرابع : نهى عن بيع الحصاة :

وهو أن يجعل رَمْي الحصاة بيعًا ، أو يقول : بعتُ منك من السلع ما تقع عليه حصاتك إذا رميتَ ، أو بعتُ من الأرض إلى حيث تنتهي حصاتُك ؛ فالكل فاسدٌ ؛ لِمَا سَبَق من المعاني .

الخامس : نَهْيُه عن بيعتين في بيعة : ذكر الشافعيُّ [٨] - رضي الله عنه - تأولين [٩] :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله في شرح الملامسة : (مهما لمستَ ثوبي فهو مباع منك) في قوله : (مباع) والأجود : (مبيع) لأن مباعًا معناه : معرض للبيع غير أنه قد جاء على السدود بمعنى مبيع فهو باطل لأنه تعليق أو عدول عن الصيغة الشرعية بمعناه ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٣ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فهو » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فلا » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « للشافعي » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « تأولان » .

وانظر : مختصر المزني : (٢ / ٢٠٤) ، التنبيه : (٦٣) ، وروضة الطالبين : (٣ / ٣٩٩) .

أحدهما : أن تقول [١] : بعتك بألفين نسيئةً ، أو بألفٍ نقدًا ، أيهما [٢] شئتَ أخذتَ به ، فَأَخَذَ بأحدهما فهو [٣] فاسدٌ ؛ لأنه إبهام وتعليقٌ .

والآخر : أن تقول [٤] : بعتُكَ عبدي على أنْ تبيعني فرسَك وهو فاسد ؛ لأنه شرطٌ لا يلزم ، ويتفاوت بعدمه مقصودُ العقد ، وقد نهى مطلقًا عن بيع وشرط ، وكذلك نهى عن بَيْعٍ وسَلَف ، ومعناه : أنْ يَشْترط فيه قرضًا .

السادس [٥] : نهى عن ثمن ⁽٦ الكلب والخمر ٦⁾ :

وهو مُعلل بالنجاسة ، فيتعدّى إلى كل نجسٍ عندنا .

وصحح أبو حنيفة – رحمه الله – شراءَ الخمر للمسلم ، بوكالة الذميّ إذا باشَره الذميُّ ، وهو وكيل [٧] .

السابع [٨] : نهى عن بيع ما لم يقبض ، وعن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، وعن بيع الكالئ بالكالئ ⁽٩ وسيأتي تفصيله ٩⁾ ، ونهى [١٠] عن بيع الغرر ،

(١) في (ب) : « يقول » .

(٢) في (ب) : « فأيهما » .

(٣) في (ب) : « وهو » .

(٤) في (ب) : « يقول » .

(٥) في (ب) : « السابع » ، ولعله سهو من الناسخ .

(٦) في (أ) : « الخمر والكلب » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز بَيْعُ أو شراءُ الكلبِ أو الخنزير ويَحْرُم ثمنهُما ، والعلةُ في حُرْمتهما نجاستُهما فيتعدّى ذلك إلى كل نجس .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز لأهل الذمة بيع أو شراءُ الخمر والخنزير ، سواء كان لهما أصالةً أو نيابةً عن أحدٍ من المسلمين . انظر مختصر المزني (٢ / ٢٠٦) ، التنبيه : (٦٢) ، روضة الطالبين : (٣ / ٣٥٠- ٣٥١) ، المجموع : (٩ / ٢٧٠ ، ٢٧١) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٥٨) ، شرح فتح القدير : (٧ / ١٢٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٠) .

(٨) في الأصل : « السادس » ، ولعله خطأ من الناسخ .

(٩) في (ب) : « ستأتي تفاصيله » .

(١٠) كلمة : « ونهى » : ليست في (أ) .

وعن بيع اللحم بالحيوان ، وقد ذكرناه ، و[قد] [١] نهى عن ثمن [٢] عسب الفحل [٣] ؛ وذلك لأنه غير مقدور على [٤] التسليم ...... [٤]

الثامن [٥] : نهى عن بيع وشرط :

فاقتضى مطلقُه امتناعَ كلِّ شرط في البيع ، والمفهوم من تعليله : أنه إذا انضمَّ شرطٌ إلى البيع بقيت [معه] [٦] علقة [٧] بعد العقد ، يُتَصَوَّر بسببها منازعةٌ ويفوت بفواتها مقصودُ العاقد ، وينعكس على أصل العقد ، فيحسم الباب ، ولم يكن محذورُ هذا النهي منفصلًا عن العقد ؛ فيدل على فساده ، أو فساد الشرط لا محالة .

ويُستثنى من هذا الأصل حالَ الإطلاق ستةُ شروط :

الأول [٨] : أن يشترط ما يُوافق العقد ، كقوله : بعتُ بشرط أن تنتفع [به] [٩] وتتصرّف كما تريد ، لأنه لا يبقى علقة .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) ، (ب) : « بيع » .

(٣) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٥٣٩) (٣٧) كتاب الإجارة (٢١) باب عسب الفحل (٢٢٨٤) ، وأخرجه مسلم بلفظ : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل ... » (٣ / ١١٩٧) (٢٢) كتاب المساقاة (٨) باب تحريم فضل بيع الماء .. وبيع ضراب الفحل (١٥٦٥) . وأبو داود : (٣ / ٢٦٥) كتاب البيوع باب في عسب الفحل (٣٤٢٩) ، والترمذي : (٣ / ٥٧٢) (١٢) كتاب البيوع (٤٥) باب ما جاء في كراهية عسب الفحل (١٢٧٣) ، والنسائي : (٧ / ٣١٠) (٤٤) كتاب البيوع (٩٤) باب بيع ضراب الجمل (٤٦٧١ - ٤٦٧٥) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣١) (١٢) كتاب التجارات (٩) باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحُلْوان الكاهن وعسب الفحل (٢١٦٠) .

(٤) في (أ) « تسليمه على وجه يفيد » ، وفي (ب) : « وفيه وجه بعيد » .

(٥) في (ب) : « السابع » ، ولعله سهو من الناسخ . (٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « علته » . (٨) في (أ) ، (ب) : « أحدها » .

(٩) زيادة من (أ) .

وكذلك إذا قال : ألا يأكل [1] إلا الهَرِيسَة ، ولا تلبس إلا الخز [2] ، وما لا غرض فيه . لأنه ليس فيه علقة ، يتعلّق بها نزاع يتغير به غرض فهو هذيان ساقط ، وهذا استثناء عن صورة اللفظ ، ولكنه منطبق على [المعنى] [3] [4] المفهوم .

الثاني : شرط الخيار ثلاثة أيام فما دونه [5] ، بشرط أن يكون معلومًا و[أن] [6] لا يكون زائدًا .

وسببه : الحاجة لكثرة الغبينة ، وعُرِف [7] ذلك بنصِّ الأحاديث .

الثالث : شرط المهلة في الثمن إلى ميقات معلوم عرف [ذلك] [8] بالنص ، ويتأيد [ذلك] [9] بالحاجة العامّة .

الرابع : شرط الوثيقة في الثمن بالرهن ، أو الكفيل أو الشهادة . عُرف ذلك بالنص ، ويُعَلّل بعموم الحاجة ؛ [10] لكي يعرف [10] الكفيل بتعيينه ، والمرهون بتعيينه ،

(١) في (ب) : « تأكل » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وكذلك إذا قال : على ألا يأكل إلا الهريسة ولا يلبس إلا الخز) الأجود أن يُقْرَأ بالتاء خطابًا للمشتري ؛ لئلا ينازع منازع في عدم العرض على تقدير تصويره فيما إذا اشترطه للعبد المبيع ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٥٣ / ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وهذا استثناء عن صورة اللفظ ولكنه منطبق على المعنى) المفهوم تفسيره به استثناء إلا أن كونه بالنسبة إلى صيغة قوله : « نَهَي عن بيع وشرط » أما بالنسبة إلى المعنى الذي علل به هذا النهى وهو كون الشرط يبقى علقة فليس استثناء من حيث إنه لا يبقى علقة ، واللّه أعلم » المشكل (٢/ ٥٣ / ب) .

(٥) في (ب) : « دونها » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (ب) : « عُلم » .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة من (أ) ، (ب) .

(١٠) في (أ) : « ثم ليعرف » . وفي (ب) : « لكن ليعرف » .

أن الغرض يتفاوت [به] [١] ولا يُشْترط تعينُ الشهود ، إذ لا [٢] يتفاوت [٢] الغرض ، وهل يُشْترط تعيين مَنْ يعدل الرهن على يده ؟ [فيه] [٣] وجهان [٤] .

ولو عين الشهود فهل يتعين ؟ [فيه] [٥] وجهان : [٦] أحدهما : يتعين كالكفيل [٦] . والثاني : لا ؛ كتعيين الميزان ؛ إذا لا أَرَبَ فيه .

فإن قلنا : لا يتعين ، فلا يفسد به العقد ، بل هو لاغٍ لا يتأثر العقد به .

ولو شرط أن يكون المبيع رهنًا بالثمن :

قال الشافعي – رضي اللّه عنه – : البيعُ مفسوخ [٧] . قال الأصحاب : ذلك يُبْنى على قولنا : البداية في التسليم بالبائع أو [فإن قلنا : البداية بالبائع أو يجب التسليم عليهما فيتخيّران] [٨] بالمشتري ، أو يتساويان [٩] ، ليكون الشرط مُغَيرًا مقتضى العقد .

وتعليلُه : أن التسليم إذا وجب عليه بمقتضى [١٠] العقد ، [١١] فاشترط أن يكون البيع رهنًا في يده على الثمن ، فقد غيَّر مقتضى العقد [١١] في إيجاب التسليم

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يختلف به » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « ولا يُشترط تعيين الشهود على الأصح . وادعى الإمام أنه لا يُشترط قطعًا ، ورَدّ الخلاف إلى أنه لو عيّن الشهود هل يتعينون ؟ ولا يُشترط التعرض لكون المرهون عند المرتهن أو عند عدل على الأصح ، بل إن اتفقا على يد المرتهن ، أو عدل ، وإلا جَعَله الحاكمُ في يد عدل » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٢) ، المجموع : (٩ / ٤٦٣) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : (أحدهما : يتعين كالكفيل) : ليس في (أ) .

(٧) انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٢) .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) في (أ) ، (ب) : « فيكون » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « مقتضى » .

(١١) ليس في (أ) ، (ب) .

فيفسد [١] .

وإن قلنا : البداية بالمشتري ، فوجهان [٢] : أحدهما : الصحة ؛ إذ لا مانع .

والثاني : البطلان ؛ لأن يَدَ البائع يَدُ ضمانٍ ، وليس يَدُ المرتهن يَدَ ضمانٍ ، [بل يَدَ أمانة] [٣] ، [فهما ضِدّان] [٤] ، فلا يُجمع بين حكميهما في حال [٥] واحدة ، والأولُ أظهر .

ثم هذه الشروط إذا صححت ، فلو امتنع المشتري عن الوفاء بالكفيل [أ] [٦] والرهن [أ] [٧] والإشهاد / ، ثبت له الخيار في البيع ، ولو [٨] أجاب ، فامتنع البائع من قبول الرهن مثلًا فيُجبر ، أم [٩] يُخير بين القبول وبطلان الخيار ؟ فيه تردُّدٌ ذكره صاحبُ التقريب . ٦٤/أ

ويثبت الخيار مهما تلف المرهونُ قبل التسليم ، وكذلك إذا خرج [١٠] العين المعين للرهن [١٠] معيبًا ، وهو لم يطَّلع عليه ، ولو تلف بعد [١١] القبض في المرهون [١١] فلا خيار .

ولو اطلَّع بعد فواته في يده على عيبٍ ففي ثبوت الخيار في أصل البيع وجهان :

---

(١) كلمة : « فيفسد » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) قال في الروضة : « فلو شرط كون المبيع نفسه رهنًا بالثمن ، بطل البيعُ على المذهب ، وبه قطع الأصحاب إلا الإمام ، فإنه قال : هو مبنيّ على أن البداءة بالتسليم بمن ؟ فإن قلنا : بالبائع أو يُجْبَرانِ بطل البيعُ ؛ لأنه شرطٌ ينافي مقتضاه . وإن قلنا بالمشتري ، فوجهان : أحدهما : هذا . والثاني : يصح البيع والشرط ، سواء كان الثمن حالًا ، أو مؤجلًا » . الروضة : (٣ / ٤٠٢ ، ٤٠٣) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (ب) : « حالة » ، وفي (أ) : « حال واحد » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « فلو » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « أو » .

(١٠) في (أ) : « العين المرهون » ، وفي (ب) : « المعين للرهن » .

(١١) في (أ) ، (ب) : « قبض المرهون في يد المرتهن » .

أحدهما : لا [1] ؛ لأنه لم يتمكن من [2] الرد .

والثاني : نعم ؛ إذْ بَانَ أنَّ ما سبق لم يكن وفاء بالملتزم .

فإن قيل : فهذه الشروط لو فسدت - بجهالة أو غيرها ، أو ذكر شرطًا [3] ليس في هذه الأقسام المستثناة وحُكِمَ بفسادها - فهل [4] يَفْسد العقد ؟ أم لا ؟

قلنا : قد ذكرنا أنه يفسد العقد بكل شرطٍ فاسدٍ يتأثّر به العقد وتبقى علته [5] ، وذلك في الأجل والخيار وغيره .

وفي شرط الوثيقة قولان ، ووجه الفرق : أنها أمورٌ مستقلة منفصلة ، ففسادُها لا يُوجب فسادَ العقد ، بل يلغو .

والأقيس : الأول ؛ لأنه [عليه الصلاة والسلام] [6] نَهَي عن بيع وشرط ، والمقصودُ بالنهي البيعُ ؛ فليفسد [العقد] [7] بمطلق النهي ، ولأنّ ما يستقلّ بنفسه إذا (٨ضُمَّ إلى العقد ٨) تأثر به ؛ فأشْبَهَ الخيار والأجل .

وحكى صاحبُ التقريب والشيخ أبو علي نصًّا غريبًا : أنّ البيع لا يفسد بالشرائط الفاسدة ، بل يلغو الشرط كما في النكاح ، وحكاه أبو ثور أيضًا عن الشافعي [9] ، وهو بعيد .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٠٣) .

(٢) في الأصل : « في » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « شرط » .

(٤) في (أ) : « هل » .

(٥) في (أ) : « علقة » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « انضم العقد إليه » .

(٩) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٠) ، المجموع : (٩ / ٤٥٣ ، ٤٥٤) .

الخامس [1] : مما استثني عن النهي : شرط العتق في المبيع ؛ لما روي أنّ بَرِيرةَ قالت لها

(١) قال الحموي : « قوله : (الخامس فيما استثنى عن النهى بشرط العتق في البيع لحديث عائشة – رضي الله عنها – حيث قالت لبريرة : لو باعك أولياؤك لصببت لهم ثمنك صبًا . وقالت السادة : لا يفعل ذلك إلا بشرط أن يعتقك ويكون الولاء لنا ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ذلك فقال : « اشترى واشترطى لهم الولاء » ، ثم قام خطيبًا فقال : « ما بال أقوامٍ يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله ... » في خطبة طويلة ، وأذن في ذلك ولا يأذن في محرم) .

قال المصنف : استثنى الشيخ – رحمه الله – شرط العتق في البيع واستدل على جوازه في ذلك بالخبر ، والخبر يدل على أنه لا يجوز ، فإنه ﷺ أنكر في خطبته على مشترطى الولاء وهو مخالف ما استشهد ، وتوافق أيضًا من استدل بجوازه من حيث إنه قال : « اشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق » .

قال المصنف : « عنه جوابان : أحدهما أن يقال : إنما أمر النبي ﷺ باشتراط الولاء ثم أبطله وأنكر عليهم في خطبته ، ليكون ذلك أوجز لهم وأبلغ في قطع عاداتهم ، كما روى أن قومًا كانوا لا يرون جواز الإحرام بالعمرة في الحج فأمرهم بالإحرام في الحج ثم أمرهم بصحة الإحرام ثم أمرهم بالعمرة ليبالغ في زجرهم كما كانوا يعتقدون ، فإذا ثبت هذا كان في مسألتنا كذلك ، فإنهم تركوا الأدب حيث لم يسألوا النبي ﷺ ، وكان من شأنهم أن يسألوا عن صحة الشرط وفساده ، فلما لم يسألوه وتجهز بذلك وكان بذلك أبلغ في زجرهم ، فإن قيل : ظاهر هذا فيه تقرير من النبي ﷺ في حق المشترطين » .

قال المصنف : « ليس هذا تعزيرًا فإنه لو لم يوبخهم على ذلك في خطبته لكان تعزيرًا ، وصار هذا كما لو سأل إنسان سنا وقال : قد شرط على هذا شرط هذا شأنه ، فهل يصح العقد ؟ فله أن يقول : اشترط ذلك ولا يضرك في موضع يصح العقد فيه ، فإن ذلك الشرط لاغٍ وله أن ينكر على المشترط حيث شرطه ، وإذا كان كذلك كانا في حق النبي ﷺ أولى لا مشرع بخلاف غيره ، ويحتمل أيضًا أنه إنما قال لعائشة ذلك لعلمه منها أنها لا تفعل ذلك – وقد أشار إليه الشيخ – فإذا كان كذلك لم يكن مناقضًا لما ذكرناه ، ومراده بالنهى أى أنه لا يؤثر الشرط في البيع .

الجواب الصحيح عندى أن قوله : « اشترطى لهم الولاء » بمعنى عليهم ، فإن اللام قد وردت في لغة العرب بمعنى على ، قال الله تعالى : ﴿ أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار ﴾ والمراد بذلك عليهم ولهم سوء الدار ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ ويخرون للأذقان سجدًا ﴾ ومراده يخرون على الأذقان سجدًا ، وإذا كان كذلك كان في مسألتنا مثل ذلك ، فإنه على هذا التقدير لم يبقَ مناقضة لما لا يخفى ، فعلى هذا لا يكون الولاء للبائع ولا يلزم محذور ولا حنطة فيه كما أشكل على الشيخ في هذا الموضع ، فعلى هذا يكون في خطبته منكرًا عليهم حيث اشترطوا الولاء لهم ، وهذا الجواب أصح في الأول ، وليس في هذا أكثر من أن اللام بمعنى على ، وقد وردت كذلك في اللغة وإن كان قليلًا ، وبه خرج الجواب » . مشكلات الوسيط (٨٧ ب – ٨٩ أ) .

عائشةُ - رضي اللّه عنها - : لو باعكِ أولياؤك لَصَبَبْتُ لهم ثمنك صبًّا ، فقال السادة : لا نفعل ذلك إلا بشرط أن تعتقك ويكون الولاءُ لنا . فذكرت [1] عائشة - رضي اللّه عنها - ذلك [2] لرسول اللّه ﷺ فقال - عليه الصلاة [3] والسلام - : « اشتري واشترطي لهم الولاء » . ثم قام خطيبًا فقال [4] : « ما بالُ أقوامٍ يشترطون شروطًا ليست في كتاب اللّه عز وجل » ، في خطبة طويلة [5] ، فأَذِنَ في ذلك - ولا يأذن في باطل [6] - وأنكر هذا التكليف عليهم مع الإذن في الإجابة .

وخرَّجَ بعضُ الأصحاب قولًا : أنّ شرط العتق كسائر الشروط الفاسدة وهو القياس ؛ وهو مذهب أبي حنيفة ولكنه لا وَجْهَ له إلا بتأييد القول الغريب به ، وهو أنّ العقد صحيح والشرط فاسدٌ .

وتأويل الحديث : أنه أذن في العقد والشرط ، أما العقد فصحيح ، وأما الشرط فغير لازم . ولكن كان يثق بعائشة أنها تفي بالشرط تكرُّمًا ، وهذا أولى كي لا يكون مناقضًا للقياس ، والتأويل بالقياس غير ممنوع .

---

(١) في (أ) : « ذلك » .
(٢) كلمة : « ذلك » : ليست في (أ) .
(٣) كلمة : « الصلاة » : ليست في (أ) .
(٤) في (أ) : « وقال » .
(٥) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٤٠) (٣٤) كتاب البيوع (٧٣) باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل (٢١٦٨) ، ومسلم : (٢ / ١١٤٢) (٢٠) كتاب العتق (٢) باب إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤) ، وأبو داود : (٤ / ٢٠) كتاب العتق باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة (٣٩٢٩) ، والترمذي : (٤ / ٣٧٩) ، (٣١) كتاب الوصايا (٧) باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت (٢١٢٤) ، والنسائي : (٦ / ١٦٤) . (٢٧) كتاب الطلاق (٣١) باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك (٣٤٥١ ، ٣٤٥٤) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٤٢) (١٩) كتاب العتق (٣) باب المكاتب (٢٥٢١) .

وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٧٧) . حديث رقم : (١٥٣٩) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (بعد حذف شرط العتق فأذِنَ في ذلك ولا يُأْذن في باطل) وهذا التكليف عليهم مع الإذن في الإجابة أي لعائشة - رضي اللّه عنها - وأنكر على السادة تكليفهم لها بالعتق ، ولا منافاةَ بين إذنه لها وإنكاره عليهم ﷺ » . المشكل (٢ / ٥٣ / ب) .

ونصَّ الشافعي - رحمه اللّه - على ما ذكرناه ، وهو موافقة الحديث [١] في تصحيح الشرط والعقد [٢] .

أما المصير إلى فساد العقد فلا يُعْقَلُ له وَجْهٌ مع الحديث بحالٍ ولو قال به قائلون .

[٣] والتفريع به على النص في صحة الشرط ؛ فعلى هذا لو شُرِط الولاءُ للبائع [٣] ، فوجهان [٤] : أحدهما : يصح وله الولاء ؛ لقصةِ بريرة - رحمها اللّه - وأنه - عليه الصلاة والسلام - لا يأمر [٥] بفسادٍ [٦] .

والثاني : المنع ، فإنه [٧] في غاية البعد عن القياس ، واحتمالُ [٨] تقديرِ مساهلةٍ من الشارع في هذه المشارطة أهون من تشويش قاعدة القياس .

وهذا أيضًا يُشوش التعلق بالنصِّ في أصل الشرط ؛ فَليُقبل النصُّ جملةً وتفصيلًا .

فإن قيل : العتق المستَحَقُّ بعد صحة الشرط لِمَنْ هو ؟

قلنا : اختلف أصحابنا [٩] فيه ، فمنهم من قال : هو حقّ اللّه - تعالى - [١٠] ،

(١) في (ب) : « للحديث » .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٣) ، المجموع : (٩ / ٤٤٧ ، ٤٤٨) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والتفريع على النصّ وهو القول الصحيح ولا تفريعَ على غيره في صحة الشرط فعلى هذا لو شرط البائع » .

(٤) قال في الروضة : « فأما إذا شرط مع العتق كون الولاء للبائع ، فالمذهب : أن البيع باطل ، وبهذا قطع الجمهورُ . وحُكي قولٌ : أنه يصح البيع ويَبْطُل الشرط . وحكى الإمام وجهًا : أنه يصح الشرطُ أيضًا ، ولا يُعْرف هذا الوجه عن غير الإمام ، ولو اشترى بشرط الولاء دون شرط الإعتاق ، بأن قال : بعتُكَه بشرط أن يكون لي الولاء إن أعتقته ، فالبيعُ باطل قطعًا . ذكره في « التتمة » » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٥) ، المجموع : (٩ / ٤٥٠) .

(٥) في (أ) : « يأذن » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بفاسد » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « لأنه » .

(٨) في (ب) : « فاحتمال » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « الأصحاب » .

(١٠) وهذا هو الأصحّ كما في الروضة : (٣ / ٤٠٣ ، ٤٠٤) ، المجموع : (٩ / ٤٤٨) .

كأنه التزم العتق [١] بشرطه ، فَأَشْبه النذر [٢] .

ومنهم من قال : هو حق البائع لأنه ثبت بشرطه .

ويبتنى عليه ثلاثة أمور :

أحدهما : أنه هل تثبت له المطالبة ؟

فإن قلنا : حقُّه ، فنعم ، وإن قلنا : حق اللّه [تعالى] [٣] فوجهان :

أصحهما : أنه يملك الطلب ، إذ ثبت بشرطه ، وتعلق [٤] به غرضُه وإن كان للّه [تعالى] [٥] فيه حق . الثاني : أنه هل يسقط اللزوم بِعَفْوِه ؟

وإن [٦] قلنا حقّ اللّه [تعالى] [٧] فلا ، وإن قلنا : حقه فوجهان [٨] ، إذ رُبَّ حَقٍّ لا يَقْبل الإسقاط إفرادًا ، كالأجل ، ويطرد هذا في عفو مستحق الكفيل والرهن .

وعلى الاحتمالين لا يجري إعتاق المشتري إياه عن الكفارة ؛ لتعلُّقِ استحقاق الغير به .

الثالث : إذا امتنع المشتري من الإعتاق : ذكر صاحب التقريب قولين [٩] :

---

(١) كلمة : (العتق) : ليست في (أ) .

(٢) في (أ) : « النذور » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « يتعلق » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « فإذا قلنا : العتقُ حقٌّ للبائع ، فأسقطه سقط ، كما لو اشترط رهنًا أو كفيلًا ثم عفا عنه . وعن الشيخ أبي محمد : أنّ شرط الرهن والكفيل لايُفْرد بالإسقاط كالأجل » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٤) ، المجموع : (٩ / ٤٤٨) .

(٩) قال في الروضة : « وإذا أعتقه المشتري فالولاء له بلا خلاف ، سواء قلنا : الحق للّه تعالى أم للبائع ؛ لأنه ملكه ، فإن امتنع من العتق ، فإن قلنا : الحقّ للّه تعالى ، أُجْبِرَ عليه . وإن قلنا : للبائع ، لم يُجْبَر ، بل يُخَيّر البائع في فسخ البيع » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٤) ، المجموع : (٩ / ٤٤٨) .

أحدهما : ثبوت الخيار للبائع ، كما في الامتناع من الكفيل والرهن .

والثاني : أنه يجبر على العتق ، كما يجبر المولى على الطلاق .

وهذا يلتفت على أنه حقّ اللّه [تعالى] [١] ، فلا وَجْهَ لإسقاطه بفسخ البائع ولا بإجازته ورضاه بعدم العتق .

فرع :

لو [٢] مات العبد قبل اتفاق [٣] العتق ، فقد تصدّى [٤] تفويتُ حقّ البائع من العتق إلى غير بدل [٥] ، أو إيجاب بدل بعد زوال ملكه وسلامة الثمن له ؟

فاختلف الأصحاب ، منهم مَنْ قال : يفسخ [٦] العقد فيستردّ الثمن ويضمن المشتري القيمةَ ؛ حذارًا عن ارتكاب محال .

ومنهم من قال : الانفساخ بعد القبض من غير سببٍ / أيضًا محال ؛ فيغرم المشتري ٦٤/ب قَدْرَ التفاوت بين قيمته مع الشرط ، وقيمته دون الشرط .

والثالث : أن الغُرم [٧] لابُدَّ منه – ولكن يغرم مثل نسبة هذا التفاوت من الثمن ، لا من القيمة بعينها [٨] . وهذا أعدلُ الوجوه . [٩]

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وإذا » .

(٣) في (ب) : « إنفاذ » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تعين » .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيما إذا مات العبد الذي شرط عتقه قبل إعتاقه فقد تصدى لتفويت حق البائع إلى غير بدل) هذا وجه رابع مذكور في المسألة لم يذكره هو ، وسياقُ كلامه يستدعي منه ذِكْرَه » . المشكل (٢ / ٥٣ / ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ينفسخ » .

(٧) في الأصل : « هذا » والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٥٣ ب – ٥٤ أ) .

(٩) قال في الروضة : « ولو مات العبد قبل عتقه ، فأوجه : أصحها : ليس عليه إلا الثمن المسمّى ، لأنه =

السادس : إذا شرط في البيع [(١)] وصفًا ناجزًا ، ليس [(٢)] يتوقف على إنشاء أمر بعده ، وذلك ينقسم إلى ما يرجع إلى [(٣)] عين ، وإلى ما هو وصف محض :

أما الوصف المحض : فيصح شرطُه ، كقوله : بعتُ العبد ، على أنه كاتبٌ أو خَبَّاز ، ثم إنْ أخلف ثبت له الخيار .

أما ما يرجع إلى العين : كقوله : بعت الجارية على أنها حُبلى ، وكذا البهيمة ، ففيه قولان [(٤)] ؛ أحدهما : البطلان ؛ لأنه يرجع إلى شرط إدراج الحمل في البيع ، فكأنه قال : بعتُ الجاريةَ وحَمْلَها بدينار فيلتفت على تفريق الصفقة . ووجه الأول : أن الحمل كالوصف في الحيوان [(٥)] .

= لم يلتزم غيره . والثاني : عليه مع ذلك قَدْرُ التفاوت بمثل نسبته من الثمن . والثالث : للبائع الخيارُ إن شاء أجاز العقد ولا شيء له ، وإن شاء فسخ ورَدَّ ما أَخَذَ من الثمن ورَجَع بقيمة العبد . الرابع : ينفسخ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٤) ، المجموع : (٩ / ٤٤٩) .

(١) في (أ) ، (ب) : « المبيع » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « لا » .

(٣) في (ب) : « هو » .

(٤) أظهر هذين القولين : صحة البيع كما في الروضة : (٣ / ٤٠٦) .

(٥) قال الحموي : « قوله : (أما ما يرجع إلى العين فكقوله : بعت الجارية على أنها حبلى وكذا البهيمة ، وفيه قولان : أحدهما : البطلان ؛ لأنه يرجع إلى شرط إدراج الحمل في البيع ، وكأنه قال : بعتك الجارية وحملها بدينار فيلتفت على تفريق الصفقة ، ووجه الفرق : أن الحمل كالوصف في الحيوان) .

قال المصنف : علل الشيخ – رحمه اللّه – أولا وجه البطلان ، ثم ذَكَر بعد ذلك الوجه فقال : (ووجه الأول : أن الحمل كالوصف في الحيوان) ، وإذا كان كذلك كان غير مستحسن في النصف لما لا يخفى .

قال المصنف : مراد الشيخ بقوله : (وجه الأول) أى دليل الأول ، فعلى هذا يكون الوجه المعلل في المعنى مقدمًا ، وهو في اللفظ مؤخر ، ويكون وجه البطلان في اللفظ مقدمًا ، وهو في المعنى مؤخرًا وهذا جائز ، في هذا أشار إلى أن وجه الصحة هو المختار ، ولما فهم من تأخيره في اللفظ وتقديمه في المعنى ، وكأنه قال هذا ، وإن كان مؤخرًا لكنه عندنا مقدم على المذكور أولًا في العمل .

أما إذا شرط في الشاة أن تكون لبونًا : منهم من قال : هو كوصف الحرفة والكتابة ؛ فإنه ليس بشرط وجود اللبن في الحال ، فاللبن [١] يتحصل بصفة غريزية ناجزة واللبن من ثمرتها .

ومنهم من قال : هو كالحمل ، فيخرج [٢] على القولين [٣] .

ولو شرط حشو [في] [٤] الجُبَّة : فهو من قبيل الحمل وأولى بالصحة ؛ لأنّ الحشو يُعلم وجوده ، والحمل يُتردد فيه .

ولسنا نشترط رؤيةَ حشو الجبة ، على قول مَنْعِ بيعِ الغائب ؛ لأن الجبة [قد] [٥] تُقصد على هذا الوجه .

وكذلك لا نشترط [٦] أنْ يرى من الدار كل ضَبَّة وسلسلة على باب لأنه صار وصفًا وتبعًا .

أما إذا قال : بعتك هذه الصبرة على أنها ثلاثون صاعًا ؛ فالشرط صحيح ، فإن خرج كذلك فلا كلام .

وإن زاد لم يصحّ في الزائد ، وفي الباقي يُخَرّج على قولَيْ تفريق الصفقة [٧] .

وإن نقص : ففي صحته في ذلك القدر خلاف [٨] يلتفت على ما إذا قال : بعت منك هذه النعجة ، فإذا هي رَمَكة [٩] .

---

(١) في (ب) : « واللبن » . (٢) في (ب) : « فخرج » .

(٣) وهذا الطريق هو الأصح كما في الروضة : (٣ / ٤٠٧) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) . (٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (ب) : « يشترط » .

(٧) والأظهر صحة البيع . انظر الروضة : (٣ / ٤٠٩) .

(٨) والأظهر صحة البيع . انظر الروضة : (٣ / ٤٠٩) .

(٩) قال ابن الصلاح : « قوله : (بعتك هذه النعجة فإذا هي رمكة) هذا تصحيف إنما هو هذه البغلة ، فإنّ الرمكة هي الفرس الأنثى . المشكل (٢ / ٥٤ أ) .

ففي قول : يُعَوّل [١] على الإشارة وفي آخر [٢] : يُعَوّل [٣] على العبارة ، وإنما صححنا الشرط ولم نُفْسِد العقد في الأصل ؛ لأن كثرة الصيعان في حكم الوصف للصبرة .

فروع ثلاثة :

أحدها : إذا قال : بعتك ولم يذكر الثمن : فسد ، والمبيع مضمون في يد المشتري إن قبضه ، وإن لم يذكر الثمن ؛ لأن البيع يقتضي بمطلقه طلب عوض .

وإن قال : بعتك بلا ثمن ، فهل ينعقد هبةً ؟ ذكر القاضي قولين : أحدهما : نعم : لأنه أفاد معناه ، وهو التمليك مجانًا .

والثاني : لا ؛ لأن اللفظ متهافتٌ ، فإن [٤] البيع يقتضي ثمنًا .

فإن قلنا : لم [٥] ينعقد : ففي الضمان على المشترى إذا قبض وجهان ؛ أحدهما : يجب ، ككل شراءٍ فاسد ، والثاني : لا ؛ لأنّ علَّة الضمان أنه لم ينزل عنه إلا ببدل ، فليرد إليه أو بدله ، وها هنا نزل عنه مجانًا .

الثاني : إذا استثنى حمل الحيوان عن البيع ، ففيه وجهان [٦] :

أحدهما : الصحة ؛ كما لو كان الولد حرًّا ، فإن بيع الأم صحيح على الظاهر .

والثاني : لا ؛ لأن المبيع معرض لغرر بسبب غير المبيع .

الثالث : إذا قال : اشتريت منك هذا الزرع بدينار على أن تحصده [لي] [٧] .

---

(١) في (ب) : « نُعَوِّل » .

(٢) في (أ) : « قول » .

(٣) في (ب) : « نُعَوِّل » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « لأن » .

(٥) في (أ) : « لا » .

(٦) قال في الروضة : « ولو باعها واستثنى حَمْلَها لم يَصحَّ البيعُ على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الإمام فيه وجهين » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٠٦) .

(٧) زيادة من (ب) .

من أصحابنا من قال : يفسد ؛ لأنه شرط فعلًا في عقد ، فكأنه يبغي منه فعلًا مع المبيع [١] .

ومنهم من قال [٢] : لا . بل معناه : اشتريت منك هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بدينار ؛ فالدينار ثمنٌ وأجرة ، فهو جَمعٌ بين الإجارة والبيع ؛ فيخرج على قولي تفريق الصفقة في الجمع بين مختلفات الأحكام .

فإن جوَّزْنَا الجمع بين البيع والإجارة على الجملة : فهذا يلتفت على أصل آخر وهو : أنَّ أحَد شِقَّيْ عقدِ الإجارة على العمل في الزرع جرى قبل ملك الزرع ، والاستئجار على العمل في ملك الغير غير جائز [٣] ؛ فيخرج على وجهين فيما إذا قال لعبده : كاتبتك وبعتك ثوبي هذا بألف [٤] ، فقال العبد : قبلتُ واشتريتُ ؛ لأنه جرى إيجابُ البيع قبل أن صار العبد أهلًا للبيع منه ، ولكنْ تأخر القبولُ عنه ، والمسألةُ محتملةٌ .

هذا تمام القول في الشرائط [الفاسدة] [٥] ، وما فسد منها وأَفْسَدَ العقدَ [قبل اللزوم ،

---

(١) في (ب) : « البيع » .

(٢) قال في الروضة : « ولو اشترى زرعًا وشرط على بائعه أنْ يحصده : بَطَل البيعُ على المذهب . وقيل : فيه قولان ؛ لأنه جمع بين بيعٍ وإجارة ، وقيل : شرطُ الحصادِ باطلٌ ، وفي البيع قولا تفريق الصفقة » . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٤٠٠) ، المجموع : (٩ / ٤٦٠) .

(٣) قال الحموي : قوله : إذا قال اشتريت منك هذا الزرع بدينار على أن تحصده ، فمن أصحابنا من قال : يفسد العقد لأنه شرط جعل في عقد فكأنه ينبغى فيه فعلًا مع المبيع ، ومنهم من قال : لا بل معناه : اشتريت مثل هذا الزرع بدينار واستأجرتك على أن تحصده بدينار ، فالدينار ثمن وأجرة ، فهو جمع بين البيع والإجارة على الجملة ، فهذا يلتفت على أصل آخر ، وهو أن أحد شقي عقد الإجارة على العمل جرى قبل ملك الزرع ، والاستئجار على العمل في ملك الغير غير جائز ، ولا شك بأن الاستئجار مطلقًا لا يكون إلا في ملك الغير .

قال المصنف : مراد الشيخ بذلك أنه لم يحصل للمشتري بعد ويخالف سائر الإجارات فإنها وقعت فيها بعد الملك بخلاف مسألتنا ، وهذا الإشكال ضعيف ذكرناه لاستشكاله .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بدينار » . (٥) زيادة من (أ) .

فإن الملك وإن لم ينقل ها هنا إلا أنّ المقابلة بالعقد حاصلة] [١] فلا ينقلب صحيحًا بالحذف في مدة الخيار ، ولا في مجلس العقد خلافًا لأبي حنيفة رحمه اللّه [٢] .

وكذلك [٣] الجهالة المفسدة [٣] إذا رفعت في المجلس لم ينتفع [٤] .

أما الشرط الصحيح إذا ألحق بالعقد في المجلس ، كالخيار والأجل أو زيادة الثمن والمثمن ، ففيه وجهان [٥] : أحدهما : المنع ؛ كما بعد اللزوم . والثاني : أنه يصح ؛ لأنّ المجلس ، كأنه حريمُ العقدِ وأوله ، وهذا يُفْسِده قولُنا : إن حذف الجهالة في المجلس لا يغني ؛ فيعلل هذا التفريع [٦] على قولنا : الملكُ غير منتقل ،

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا فسد العقد بشرطٍ فاسد ، ثم حُذِف الشرط لم ينقلب العقدُ صحيحًا ، سواء كان الحذف في مجلس العقد ، أو في مُدة الخيار .

ومذهب الحنفية : أنه إذا فسد العقد بشرطٍ فاسد ، فحُذِف الشرط في مجلس العقد أو في مدة الخيار انقلب العقدُ صحيحًا ، انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٢) ، المجموع : (٩ / ٤٦٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٤٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كل جهالة مفسدة » .

(٤) في (ب) : « تنفع » .

(٥) قال في الروضة : « وإن كانت هذه الإلحاقاتُ قبل لزوم العقد - بأنْ كانت في مجلس العقد ، أو في زمن خيار الشرط - فأوجه : أحدها : لا يلحق ، وصححه في « التتمة » . والثاني : يلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط قاله أبو زيد ، والقفال .

والثالث : هو الأصح عند الأكثرين : يلحق في مدة الخيارين جميعًا ، وهو ظاهر النص » . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٤١٢ - ٤١٣) ، المجموع (٩ / ٤٦١) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « بالتفريع » .

فقبل [١] العوض والزيادة والنقصان ، وهذا [٢] أيضًا مُشكل على قياس مذهب الشافعي - رحمه الله - في المنع من [٣] إلحاق الزوائد والشروط [٤] .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « فيقبل » .

(٢) في (ب) : « وهو » .

(٣) في (ب) : « عن » .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤١٢ ، ٤١٣) ، المجموع : (٩ / ٤٦١ ، ٤٦٢) .

الباب الرابع

في

فساد العقد لانضمامِ فاسدٍ إليه

(وهو المعروف بتفريق الصفقة)

وذلك له [١] ثلاثُ مراتب :

المرتبة الأولى : [٢] أن يجري [٢] في الابتداء : كما لو باع ملكه ومِلْكَ الغيرِ في صفقة واحدة فَسَد [٣] في ملك الغير ، وفي ملكه قولان :

أحدهما : الصحة [٤] ؛ لأن الصحيح لم يتأثر / بالفاسد ، فلا يفسد بمساوقته. ٦٥/أ

والثاني : الفساد ؛ لعلتين [٥] .

أصحهما [٦] : أن الصحيح تأثر [٧] به ، إذ صار ما يخصه [٨] من الثمن مجهولًا ، وجميعُ المستحق ثمنًا ينبغي [٩] أن يُعْلم [٩] وحصة ملكه من الجميع لم يُعْرف مبلغه ، فصار كما إذا قال : بعتُ منك عبدي هذا بما يخصه من الألف لو وُزِّعَ عليه وعلى قيمة عبدِ فلانٍ .

والثانية [١٠] : أن الصيغة المتحدة إذا فسدت في بعض مسمياتها لم تقبل التبعيض ، وهذه العلة تُوجب الفساد بحكم التفريق في النكاح أيضًا .

---

(١) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « تجري » .

(٣) في (أ) : « فيفسد » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر انظر : الروضة : (٣ / ٤٢٢ ، ٤٢٣) ، المجموع : (٩ / ٤٧١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لمعنيين » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أحدهما » .

(٧) في (ب) : « يتأثر » .

(٨) في (أ) : « تجهل » .

(٩) في (أ) : « أن يكون معلومًا » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « والثاني » .

وإن [1] عللنا بجهالة العوض : لم يجز [2] في الرهن والهبة ؛ إذ لا عَوِضَ فيهما ، ولا في النكاح ، فإن الجهل فيه بالعوض لا يفسد [3] ، ولا فيما تتناسب أجزاؤه كعبدٍ مشترك انفرد أحدُهما ببيعه ، فإنه يعلم أنّ النصف مُشترًى بالنصف ، والثلث بالثلث ، وكذا [في] [4] سائر الأجزاء المتناسبة .

وإن [5] فرعنا على الصحة [6] : ثبت الخيار للمشتري ، فإنْ فسخ فذاك ، وإن أجاز فَبِقِسْطِهِ من الثمن .

وفيه قول آخر : أنه يخبر بكل الثمن ، حذارًا من أن يكون مبلغ [الثمن] [7] المستحق غير معلوم ، وكأنّ هذه زيادةٌ فاسدة ، لم تقبل [8] العوض كالعيب ، وهو بعيد .

والصحيح [9] : أن البائع لا خيار له ، وإن أجيز [10] بقسطٍ من الثمن ؛ لأنه سلم له كل بدل ملكه ، هذا إذا باع مملوكًا ومعصوبًا فإنْ ضَمّ إلى المملوك [11] حرًا فالخلافُ مرتبٌ ، والفسادُ أولى ؛ إذ تقديرُ قيمة الحرّ أبعدُ فإنْ ضَمّ إليه خمرًا ، أو خنزيرًا ، أو كلبًا فمر به على الحر ، والفساد أولى ، إذ لابد من تقدير صفة خلقته [12] لمعرفة القيمة .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « تجز » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « يفسده » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (ب) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « الصحيح » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (أ) : « يقبل » ، والمثبت من (ب) .

(٩) ذكر في الروضة أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٧) ، المجموع : (٩ / ٤٧٥) .

(١٠) في (أ) : « أجاز » .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « الملك » ، والمثبت من (أ) .

(١٢) قوله : (فإن ضم إلى المملوك حرًا فالخلاف مرتب والفساد أولى ، إذ تعزير الحر بعد فإن ضم إليه خمرًا أو خنزيرًا أو كلبًا فمرتب على الحر أولى بالفساد ، إذ لابد من تقدير صفة خلقته) .

قال المصنف : ذكر أن الخمر والكلب والخنزير مرتب على الحر وأولى بالبطلان من حيث إنه لابد من تقدير صفة خلقته ، وهو تقدير الخمر خلًا والخنزير والكلب شاة ، وأما تقدير الحر عبدًا فهو أقرب من =

ثم إن صححنا ، فقد قيل : يُقدر (١) الخنزير نعجةً ، والخمرُ خلًّا ؛ ليمكن تقويمه (٢) ، وهو بعيد (٣) .

بل الأصح : (٤ أن تقدر ٤) قيمتُه على حاله عند مَنْ له قيمة عنده .

أما إذا ضُمَّ إلى الصحيح غائب مجهول لا مطمع في معرفة قيمته ، فيتعين إبطال العقد ، إلا على (٥ القول الضعيف ٥) في أن الإجازة تجري بكل الثمن ، فأما إن أجزنا (٦)

= ذلك ، إذ هو من جنسه بخلاف الكلب والخنزير فإنهما ليسا من جنس الشاة ، وكذلك الخمر ليس من جنس الخل ، وذكر بعد هذا أن الخمر والخنزير والكلب أولى من تقدير الحر عبدًا من حيث إن قيمته تعتبر عند من له قيمة بنفسه ، وإنما قيمته بغيره ، فعلى هذا كيف تقول : أولى من تقدير صفةٍ خلقية مع اختياره ما أشرنا إليه وهو مخالف ما ذكره لما لا يخفى .

قال المصنف : وإن كان ذلك من جنسه وذاك من غير جنسه إلا أن هنال له قيمة عند من له قيمة وليس هنا كذلك فإنه لا قيمة له لتعذر تقويمه في جميع الصور بنفسه وكان ذلك أولى ، وهو فرق حسن وإن كان ذلك تعارض هذا فهذا أولى أيضًا ، فإنه لم يصرح بأن الخمر والخنزير والكلب عندى مرتب على الحر ويكون ذلك محمولاً على غيره من الأصحاب وبه خرج الجواب .

(١) في (ب) : « نقدر » .

(٢) في (ب) : « تقويمها » .

(٣) قال في الروضة : « ولو اشترى عبدًا وحرًا ، أو خلًّا وخمرًا ، أو مُذَكَّاةً وميتةً ، أو شاةً وخنزيرًا ، وصححنا العقدَ فيما يقبله ، وكان المشتري جاهلًا بالحال ، فأجاز ، أو كان عالمًا ففيما يلزمه الطريقان ، فإن أوجبنا القِسْطَ ، ففي كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء ، وجهان : أصحهما عند الغزالي : يُنْظَر إلى قيمتها عند مَنْ يرى لها قيمة . والثاني : يُقدَّر الخمر خلًا ، ويُوزَّع عليهما باعتبار الأجزاء ، وتُقَدَّرُ الميتةُ مذكاةً ، والخنزيرُ شاةً ، ويُوَزع عليهما باعتبار القيمة . وقيل : يُقدَّر الخمرُ عصيرًا ، والخنزيرُ بقرةً ، قلت : هذا الذي صححه الغزالي ، احتمالٌ للإمام ، والصحيح : هو الثاني ، وبه قطع الدارمي والبغوي وآخرون ، وحكاه الإمام عن طوائف من أصحاب القفال . والله أعلم » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٧) ، المجموع (٩ / ٤٧٥ ، ٤٧٦) .

(٤) في (أ) : « أنه يقدر » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « قول ضعيف » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « جوّزنا » .

بقسطه ، لم نعرف مبلغه بحال .

فإن قيل : قطعتم بالبطلان فيما إذا قال : بعتك عبدي بما يخصه من الألف لو وُزِّعَ (١ على قيمته وقيمة عبد آخر عَيَّنَه ١) ، وتَرَدَّدْتُم في هذه المسألة ، فما الفرق ؟

قلنا : إن كان المتعاقدان (٢) عالمين بحقيقةِ الحال عند العقد بطل العقد (٣) ؛ إذ لا فَرْقَ ، هكذا قاله الشيخ أبو محمد . وإنما الخلاف عند الجهل ، إذ قد ظنا (٤) أن مبلغ الثمن معلوم حالة العقد ، وللظنِّ تأثيرٌ في أمثاله ، كما سبق في (٥) نظائره في فصول علم المبيع . ولا وجه إلا ما ذكره الشيخ أبو محمد رحمه الله (٦) .

المرتبة الثانية : التفريق في الدوام : وذلك بأن يتلف أحد العبدين قبل القبض على وجه ينفسخ [فيه] (٧) ، ففي الانفساخ في الباقي قولان مرتبان على العلتين .

---

(١) في (أ) : « عليه فعلى عبد آخر عينه » ، وفي (ب) : « عليه وعلى عبد آخر غيره » .

(٢) في (أ) : « العاقدان » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (إن كان المتعاقدان عالمين بحقيقه الحال عند العقد بطل العقد) يعني : من غير خلاف ، والذي صار إليه غيره من إجراء الخلاف فيه وهو الصحيح .

والفرق بينه وبين ما إذا قال : بعتُك بالحصة من الألف أن صيغة العقد ها هنا وردت على معلوم بخلاف ما هنالك ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٤ ب) .

(٤) في (ب) : « ظننّا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٦) قال في المجموع : « لا فرق في جريان الخلاف في المسائل السابقة بين أن يكون العاقدان عالمين بالحال أو جاهلين ، هذا هو المذهب الذي صَرَّح به كثيرون واقتضاه كلام الباقين ، وقال الشيخ أبو محمد في مسألة الجمع بين حُرٍّ وعبدٍ : الخلاف مخصوصٌ بما إذا كان المشتري جاهلًا بحقيقة الحال ، فأما إذا كان عالمًا فالوجهُ القطع بالبطلان ، كما لو قال : بعتك عبدي هذا بما يخُصه من الألف لو وُزِّع عليه وعلى عبدِ فلانٍ ، قال إمام الحرمين : هذا الذي قاله شيخي أبو محمد غَيْرُ سديد ، بل الوجه طَرْدُ القولين ، واختار الغزالي قولَ أبي محمد ، وهو شاذ » . انظر : المجموع : (٩ / ٤٧٣ ، ٤٧٤) ، روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٣) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

والصحيح : أنه لا ينفسخ [١] ؛ لأنّ الجهل محذور في الابتداء ، والعقد الآن قد [٢] استقر ، وعلى هذا يأخذ الباقي بقسطه .

وقول التكميل ها هنا في نهاية الضعف ؛ لأن العقد قد سبق مقتضيًا للتوزيع .

التفريع :

إن جوَّزنا تفريقَ الصفقة في الدوام ، فلو اشترى عبدين ووَجَدَ بأحدهما [٣] أو بهما عيبًا ، وأراد إفرادَ واحدٍ [بالرد] [٤] وهو المعيب ، فله ذلك .

ولو أراد رَدَّهُما جاز أيضًا ، وإن كان المعيبُ واحدًا ؛ لأنه لم يُسَلَّمْ له كلّ المشتَرَى .

وفيه وجه : أنه لا يردهما إلا إذا كانا معيبين .

ولا خلاف في [٥] أنه لو أراد رَدَّ نصفِ عبدٍ لم يَجُزْ ؛ لأن التبعيض عيبٌ في حق البائع .

وإن فرعنا على القول الآخر ، فليس له إفرادُ أحدِ العبدين بالردّ إن [٦] رضي البائع ، فوجهان :

أقيسهما : المنع ؛ لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا تختلف بالتراضي .

والثاني : الجواز ؛ وكأنّ هذا القائل يُعَلّل بتضرر البائع برجوع بعض المبيع إليه .

---

(١) قال في الروضة : « كمن اشترى عبدين ، فتلف أحدُهما قبل قَبْضهما انفسخ البيعُ في التالف ، وفي الباقي طريقان : أحدهما : على القولين في جَمْعِ عبده وعبدِ غيره . وأصحهما : القطع بأنه لا ينفسخ لعدم العلّتين » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٣) ، المجموع : (٩ / ٤٨٠) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فقد » والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قوله : (في) : ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « فإن » .

ولو كان الثاني تالفًا ، فهل يمهل عذره في إفراد القائم ؟ [فيه] [١] وجهان [٢] .

فإن منعناه ، فلو ضَمَّ قيمةَ التالف إليه فهل يتمكن منه ؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا أراد ضَمَّ أرش العيب الحادث إلى المبيع ، وردّه بالعيب القديم .

وهاهنا أولى بالمنع ؛ لأنّ النقصان في حكم تابع ، والعبد مستقل بنفسه ، فلا يُجْعل تابعًا للقائم .

فرع :

لو حكمنا بردّ قيمة التالف ، ضُمًّا إلى القائم فتنازعا في مقداره ، فالقول قولُ المشتري ، لأنه الغارم والأصل براءةُ ذمتهِ [٣] .

ولو تلف أحدُ العبدين قبل القبض ، وقلنا : يَرُدّ البائع ما يخصه دون الباقي فتنازعا ، ففيه قولان ؛ أحدهما : أن القول قول البائع ؛ لأنه الغارم بردٍّ بعض الثمن [٤] .

والثاني : بل القولُ قول المشتري ؛ لأنه الذي يسلّم بعض الثمن للباقي ، والنزاع يَرْجع إلى مزيد (٥ فيه يدعيه ٥) البائع ، وينكره [٦] المشتري .

المرتبة الثالثة : أن يجمع بين عقدين مختلفي الحكم في الفسخ والانفساخ :

كالإجارة والبيع ، أو النكاح والبيع ، أو الصرف والسَّلم ، الذي ينفسخ بالتفرق قبل

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « ولو تلف أحد العبدين أو باعه ، ووجد بالباقي عيبًا ، ففي إفرادِه بالرّد قولان مرتبان ، وأولى بالجواز ، لِتَعَذُّرِ ردِّهما » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٢٥) .

(٣) في (أ) : « الذمة » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٤٢٥) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « قيمة يدعيها » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « ينكرها » .

القبض ، مع غيره مما لا ينفسخ به ، أو السلم في جنس واحدٍ إلى آجال ، أو في أجناس إلى أجلٍ واحدٍ : فيه قولان مرتبان على المرتبة الثانية ، وأولى بالصّحة ، إذ آحاد هذه العقود صحيحةٌ ، فلا مانعَ في [١] الجمع في الحكم .

ووجه الفساد : أنّ انفساخ العقد في البعض لو جرى لانفسخ الباقي وذلك مُتَرَقَّب ؛ فإنّ العقود المتفرقة لا تنتظم أحوالُها في المآل [٢] / فَجُعِلَ المتوقَّع كالواقع ، وهذا بعيد جدًّا . ٦٥/ب

فإن قيل : إذا كان سبب الفساد ، تفرقًا واقعًا في صفقة متحدة ، فبم يُعْرَف اتحادُ الصفقة وتعددُها ؟

قلنا : إن اتَّحَدَ البائع والمشتري والعوض اتحدت الصفقة ، وتتعدد بتعدد البائع قطعًا ، وكذا بتعدد العوض ، فإذا قال : اشتريت عبدكَ بدينارٍ ، واستأجرت جاريتك بدرهم كانت الصفقة متعددة .

فإذا قال : اشتريت العبد واستأجرت الجارية بدينار فعند ذلك تتحد . وفي التعدد بتعدُّد المشتري مع اتحاد البائع ، وصيغة العقد والعوض قولان : أحدها : القياس على البائع [٣] . والثاني : الفَرْقُ ؛ فإن المشتري كالقائل الثاني على الإيجاب السابق ، فالنظر إلى مَنْ منه الإيجاب .

أما إذا اتَّحد الوكيلُ ، وتعدَّد الموكّل أو على العكس ؛ فثلاثة أوجه :

أحدهما : النظرُ إلى الوكيل ؛ فإنه العاقد [٤] .

---

(١) في (ب) : « من » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « المال » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٤٣٢) ، المجموع : (٩ / ٤٧٧) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٣٣) ، المجموع : (٩ / ٤٧٨ ، ٤٧٩) ، وقد صحح الغزالي الوجْهَ الثاني في « الوجيز » . انظر الروضة : (٣ / ٤٣٣) .

والثاني : إلى الموكِّل ؛ فإنه مَنْ يقع العقد له .

والثالث : أن النظر في الشراء إلى الوكيل ؛ لأنه الذي يتعلق به العقد ظاهرًا ، وفي البيع إلى الموكّل ؛ لأنه سفيرٌ لا يتعلق به حكم .

التفريع :

إن قلنا : يتعدد بتعدد المشتري ، فلو قال لرجلين : بعتُ منكما ، فَقَبِلَ أحدهما دون الآخر ، ففيه وجهان [1] : أحدهما : الصحة ؛ للتعدّد .

والثاني : المنع ؛ لأن الجواب غير منطبق على الخطاب ، وقد التبس جوابُهما جميعًا وهذا بعيدٌ ، إذ نصّ الشافعي – رضي اللّه عنه – على أنه لو خالع زوجتيه ، فقبلتْ إحداهما ، صَحّ مع أن فيه معنى التعليق ، والمعلق بصفتين لا يحصل بإحداهما .

ولا خلاف أنه لو قال لواحدٍ : بعتُ منك هذين الصَّاعين بدرهم ، فقال : اشتريت أحدَهما [2] بنصف درهم لا يصح ، وإنْ فرعنا فعلى جواز تفريق الصفقة ، للخلل في القبول ، وعدم مطابقته للخطاب [3] .

وقطع الشيخ أبو علي بأنه لو قال لعبده [4] : زوجت منك أَمَتَيَّ ، فقبل إحداهما صَحّ النكاح ، وفَرَّقَ بينه وبين البيع ، ولا ينقدح فيه فرقٌ من حيث انتظام الجواب والخطاب ، ولكن النكاح أبعد عن قبول الفساد بانضمام فاسدٍ إليه ؛ فإنّ غايته أن يكون ضَمُّ الفاسد [إليه] [5] كشرطٍ فاسد ، والنكاحُ لا يفسد به . ولعله رأى تعدد الصفقة بتعدد الزوجة ، فإن منصبها منصب العاقد ، لا منصب المبيع .

---

(١) قال في الروضة : « ومنها : إذا قلنا بالتعدد ، فخاطب رجلٌ رجلين ، فقال : بعتكما هذا العبد بألف فقبل أحدُهما نِصْفَه بخمسمائة ، أو قال مالِكَا عبدٍ لرجلٍ : بِعْنَاكَ هذا العبد بألف ، فقبل نصيب أحدِهما بعينه بخمسمائة ، لم يَصِحَّ على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٣٣) ، المجموع : (٩ / ٤٧٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إحداهما » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « الخطاب » .

(٤) في الأصل : « لعبدٍ » ، والمثبت من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

إلا أن [هذا] [1] التعليل تخدشه مسألةٌ ، وهي : أنه لو أصْدَقَ امرأتيه عبدًا ، ثم بانَ الفسادُ في نكاح إحداهما ؛ قال الشيخ أبو علي : للزوج الخيار على التي صَحّ نكاحها ، في نصف العبد حتى ينفسخ ، ويُسَلّم مهر المثل حتى لا يتبعّض عليه العبدُ ، قال : وعرضت هذا على القفال فارتضاه .

ولا تنفك هذه المسألة عن احتمال ، فإن المرأتين كالمشتريين [2] للعبد فلا [3] يبعد تعدُّدُ الصفقة بهما . وسنذكر انفراد أحد المشتريين بالردّ ، [إن شاء اللّه تعالى] [4] .

ولا خلاف أنّ أحد المشتريين لو وَفّى نصيبه من الثمن ، وقلنا : الصفقة متعددة تُسَلّم إليه حصته من المبيع .

وإن قلنا : الصفقة متحدة ؛ فهما كالمشتري الواحد .

وفيه - إذا سَلّم بعض الثمن - خلاف ، والظاهر : أنه لا يسلم إليه [5] شيء من المبيع ، وإن كان ينقسم كالحنطة مثلًا ، ما لم يُسَلم تمام الثمن .

وفيه وجه : أنه يُسَلّم بقدره ؛ لأن الثمن متوزّع على المبيع ، لا كالدَّيْن في حق المرهون .

فأما إذا كان لا ينقسم ، فلا خلافَ في أنا لا نُكَلِّفه المهايأة في قدر ما سلم [6] ثمنه ؛ لأن حق الجنس [7] ضعيف لا يحتمل التسليمَ والاسترداد ؛ ولذلك يبطل بالإعارة [8] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « كالمشترتين » .

(٣) في (ب) : « ولا » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « له » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « تسلم » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الحبس » .

(٨) في (ب) : « الإجارة » .

القسم الثاني [١]

في بيان لزوم العقد وجوازه

وهو أهم ما يذكر بعد بيان صحته وفساده ، والأصل في البيع اللزوم ، والجواز بأسباب خاصة ، فنعقد فيها :

ثلاثة أبواب

[**الباب الأول** : في خيار المجلس .

الباب الثاني : في خيار الشرط .

الباب الثالث : في خيار النقيصة] [٢] .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق .

(٢) يعني : القسم الثاني من كتاب البيوع .

الباب الأول

في خيار المجلس

(وفيه فصلان)

الفصل [1] الأول : في مجاريه

والأصل فيه قولهُ - عليه السلام - : « المتبايعان كلٌّ واحدٍ منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرّقا إلا بيع الخيار » [2] .

قيل : معناه إلا بيعًا شُرِطَ فيه الخيار ، فلا يلزم بالتفرق .

وقيل : معناه إلا بيعًا شُرِطَ فيه نَفْيُ [3] خيارِ المجلس [3] ؛ فيلزم بنفسه عند قومه . ولما ثبت خيارُ المجلس بالحديث اختصّ بالبيع ، فكلُّ ما يُسَمى بيعًا من الصرف والسَّلم ، والإشراك إن شرك بينه وبين غيره ، بأن يقول : أشركتك [4] في هذا البيع ، وهو مستعمل في البيع ، وكذلك التولية والصلح : ثبت فيه الخيار قطعًا .

ويستثنى أربع مسائل :

الأولى [5] : بَيْعٌ شُرِطَ فيه نَفْيُ [6] خيار المجلس [6] ، وفيه وفي نفي خيار الرؤية

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٤/ ٣٨٥) (٣٤) كتاب البيوع (٤٤) باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٢١١١) ، ومسلم : (٣/ ١١٦٣) (٢١) كتاب البيوع (١٠) باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٥٣١) ، وأبو داود : (٣/ ٢٧٠ ، ٢٧١) . كتاب البيوع باب في خيار المتبايعين (٣٤٥٤) ، والترمذي : (٣/ ٥٤٧- ٥٥١) (١٢) كتاب البيوع (٢٦) باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (١٢٤٥ ، ١٢٤٦) ، والنسائي : (٧/ ٢٤٨) (٤٤) كتاب البيوع (٩) باب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه (٤٤٦٥) ، وابن ماجه : (٢/ ٧٣٥ ، ٧٣٦) (١٢) كتاب التجارات (١٧) باب البيعان بالخيار ما لم يفترقا (٢١٨٢) .

(٣) في (ب) : « الخيار » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « شركتك » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « أحدها » ، وفي الأصل : « الأول » ، وكلاهما خطأ لغة كما هو ظاهر .

(٦) في (ب) : « الخيار » .

والعيب ثلاثة أوجه [1] :

أحدها : لزوم العقد ، وصحة الشرط .

والثاني : فساد العقد ؛ لفساد الشرط .

والثالث : أن الشرط لاغٍ ، والعقدُ باقٍ على مقتضاه .

الثانية : كلُّ بيعٍ يستعقب عتقًا ، كشراء الوالد وشراء العبد نفسَه من سيده لا خيار فيه [2] ؛ لأنه ليس عَقْدَ مغابنة .

وقال أبو بكر الأودني : يثبت الخيار في شراء القريب ، واستدلّ بقوله [عليه السلام] [3] : « لن يجزي ولدٌ والدَه حتى يجده مملوكًا فيشتريه ، فيعتقه » [4] فيدل على تعلُّق العتق باختياره ، وهو ضعيف [5] .

---

(١) قال في الروضة : « لو تبايعا بشرطِ خيار المجلس ، فثلاثة أوجه : أصحها : البيع باطل . والثاني : أنه صحيحٌ ، ولا خيار . والثالث : صحيح ، والخيار ثابت . ولو شَرَط نَفْيَ خيارِ الرؤية – على قول صحة بيع الغائب – فالمذهب : أن البيعَ باطلٌ ، وبه قطع الأكثرون . وطَرَدَ الإمامُ ، والغزاليُّ فيه الخلافَ » . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٤٣٨) ، المجموع : (٩ / ٢١١) .

(٢) قوله : « فيه » : ليس في (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) الحديث أخرجه مسلم : (٢ / ١١٤٨) (٢٠) كتاب العتق (٦) باب فضل عتق الوالد (١٥١٠) ، وأبو داود : (٤ / ٣٣٧) كتاب الأدب باب في بر الوالدين (٥١٣٧) ، والترمذي : (٤ / ٢٧٨) (٢٨) كتاب البر والصلة (٨) باب ما جاء في حق الوالدين (١٩٠٦) ، وابن ماجه : (٢ / ١٢٠٧) (٣٣) كتاب الأدب (١) باب برّ الوالدين (٣٦٥٩) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قول أبي بكر الأودنى – المنسوب إلى أودن من قرى بخارى على وزن أفعل وفي آخرها نون – جعله ضعيفًا وهو الصحيح الذي لم يذكر غَيْرُ واحدٍ من المصنفين غَيْرَه ، والله أعلم » .

وقال في الروضة : « لو اشترى مَنْ يُعْتق عليه – كأبيه وابنه – قال جمهور الأصحاب : يبنى ثبوت خيار المجلس على أقوال الملك في زمن الخيار ، فإن قلنا : إنه للبائع فلهما الخيار ، ولا نحكم بالعتق حتى يمضي زَمَنُ الخيار ، وإن قلنا : موقوفٌ فلهما الخيار ، وإذا أمضينا العقد تبيَّنَّا أنه عَتَقَ بالشراء ، وإن قلنا : الملك للمشتري فلا خيار ، ويثبت للبائع » . وبعد أن ذكر النوويُّ هذا قال : « هذه طريقةُ الجمهور . وقال إمامُ الحرمين : المذهب أنه لا خيار .

=

الثالثة : إذا باع مال الطفل من نفسه : فقد قيل : لا خيار ؛ لأنه لا يُعْقَل في الواحد اجتماعٌ وتفرقٌ . والصحيح : ثبوت الخيار ؛ لأنه في معنى شخصين . نعم : الخلافُ يتجه في أنّ خياره ينقطع بمفارقة مجلس العقد ؟ أم لا ينقطع / إلا بصريح الإلزام ؛ لأنه ملازمٌ نفسَه ٦٦/أ أبدًا ؟ ثم لاشك في أنه يثبت له خياران : واحدٌ له على طفله ، وواحدٌ لطفله [عليه] [(١)] .

الرابعة : بيع الغائب ، وفيه [(٢)] وجهان ؛ أحدهما : أنه [(٣)] كسائرِ البيوع .

والثاني : لا [(٤)] ؛ لأنه بِصَدَدِ خيارِ الرؤية ، وكل واحدٍ منهما خيار يُشْتَهى [(٥)] ؛ فلا يجتمعان في عقدٍ واحد ، والأولُ أظهرُ .

فإن قلنا : يثبت ، فوجهان : أحدهما : عند العقد ، وهو القياس .

والثاني : عند الرؤية ، إذ قَبْلَها لا يتصور حقيقةُ الرضا .

أما النكاح والرهن والهبة والكتابة ، وكل عقدٍ جائزٍ من الجانبين ، أو من أحدهما : فلا خيار فيها [(٦)] ؛ [(٧)] لأنها ليست [(٧)] في معني البيع ، وكذلك كل ما لا يُسَمَّى بيعًا ، إلا في سبعة أمور :

أحدها : الإجارة : وفي ثبوت خيار المجلس والشرطِ فيها ، ثلاثةُ أوجه [(٨)] ؛ وجه

= وقال الأودني : يثبت ، وتابَعَ الغزاليُّ إمامَه على ما اختاره ، وهو شاذ ، والصحيح ما سبق عن الأصحاب » . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٤٣٦) ، المجموع (٩ / ٢٠٨) .

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « فيه » بدون الواو .

(٣) في (أ) ، (ب) : « له الخيار » .

(٤) قوله : « لا » : ليس في (أ)، (ب) .

(٥) في (ب) : « تشبه » .

(٦) في (أ ، ب) : « فيه » .

(٧) في (ب) : « لأنه ليس » .

(٨) قطع النوويُّ في الروضة بعدم ثبوت خيار الشرط في الإجارة ، وثبوت خيار المجلس فيها وجهان ، وعن الأصح من هذين الوجهين قال : « أصحهما عند صاحب « المهذب » وشيخه الكرخي : يثبت ، وبه قال الإصْطخري وصاحبُ « التلخيص » ، وأصحهما عند الإمام وصاحب « التهذيب » والأكثرين : لا يثبت ، وبه قال أبو إسحاق وابن خيران . قال القفال في طائفة : الخلاف في إجارة العين . أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعًا كالسلم » . انظر روضة الطالبين : (٤٣٧/٣ ، ٤٤٨) ، المجموع : (٢١٠/٩ ، ٢٢٩) .

الإثبات : أنها صِنفٌ من البيوع . ووجه المنع : أنه يؤدّي إلى تعطيل المنافع في مُدّة الخيار ، بخلاف البيع . وفي الثالث : يثبت فيه [١] خيارُ المجلس ؛ إذِ الغالبُ أنه يتصرَّم على قُرْبٍ فلا وَزْنَ لتلك المنفعة ، بخلاف خيار الشرط .

والمسابقة ، إذا قلنا : إنها لازمة من الجانبين في معني الإجارة ، ولكنها أبْعَدُ عن البيع قليلًا .

أما الإجارة الواردة على الذمة فيثبت فيها الخيار ؛ إذ لا يُحْذَر فيها فواتُ منفعة . والإجارةُ بيعٌ تحقيقًا .

الثاني : الإقالة : ويثبت فيها الخياران . على قولنا : أنها ابتداءُ بيعٍ .

الثالث : الحوالة : وفيها وجهان [٢] ، على قولنا : حكمُ المعاوضة غالبٌ على الاستيفاء . ووجه المنع : أنّ وجود معنى الاستيفاء غير منكر ، وإن كان مغلوبًا .

الرابع : الهبة بشرط الثواب : إن قلنا : تنعقد بيعًا ففيها وجهان [٣] كالخلاف [٤] في أنها : هل تُفيد الملكَ قبل القبض ؟

الخامس : القسمة : ولا يثبت فيها خيارُ الشرط على الأصحّ ؛ لأنه لا مَدْخَلَ للفظِ فيه ، وفي خيار المجلس على قولنا : إنه بيعٌ خلاف [٥] وإن [٦] كان قهريًّا فلا [٧]

---

(١) قوله : « فيه » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٢) أصح هذين الوجهين عدم ثبوت الخيار في الحوالة . انظر : الروضة : (٤٣٧/٣) ، المجموع : (٢٠٩/٩) .

(٣) الأصح : أنه لا خيار في الهبة بشرط الثواب . انظر الروضة : (٤٣٧/٣) ، المجموع : (٩ / ٢١٠) .

(٤) في (أ) : « والخلاف » .

(٥) والأصح : عدم ثبوت خيار المجلس في القسمه إن قلنا : إنها بيع . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٤٣٧)، المجموع : (٢١٠/٩) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « ولا » ، والمثبت من (أ) .

وَجْهَ لإثبات الخيار أصلًا .

السادس : الشفيع إذا بَذَلَ عوضَ المشفوع : فما دام في مجلس بَذْلِ العوض ، هل يتخير في الرجوع وهي معاوضة مُحققة [١] ولكنه قهريٌّ لا يتعلق باللفظ ؟ فيه وجهان .
ولا يثبت خيارُ الشرط بحال .

السابع : الصداق : والمشهور : أنه لا يثبت فيه الخياران [٢] .

وحكى الصيدلاني قولين ؛ لأنه عقدٌ مستقل بنفسِه لا ينفسخ النكاحُ بفسخه ، فكلُّ هذه المسائلِ مَنْشَأ الترددِ [٣] فيها : الترددُ في أنها هل هي في معنى البيع لاشتمالها على المعاوضة والمغابنة ؟

فرع :

العاقد في الصرف إذا ألزم في المجلس ، ثم فارق قبل القبض [٤] انفسخ العقدُ ، وعصى [٥] إنْ فارق دون إذن صاحبه ، فإنه أَبْطَلَ عليه حقًّا لازمًا .

وقال الشيخ أبو محمد : لا يعصى [٦] [لأن علة القبض قائمة فلا يلزم] [٧] ولا يثبت اللزومُ قبل القبض مادام في المجلس ، وإنْ جرى صريحُ الإلزام .

والظاهر : أنه يلزم وإن كان ينفسخ بفوات القبض .

---

(١) في (أ ، ب) : « محضة » .
(٢) في (أ) : « خيار الشرط » .
(٣) في (أ ، ب) : « الخلاف » .
(٤) قال ابن الصلاح : قوله في الصرف : (إذا ألزم في المجلس ، ثم فارق قبل القبض إذا كان باتفاقهما) وأنا أقول : ينبغي أن يعصي ؛ لأنه جعله ربًا ، ومن تعمد الربا عصى ، والله أعلم » . (المشكل ٢ / ٥٥ / ب) .
(٥) كلمه : « وعصى » : ليست في (أ) .
(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « يحصى » ، والمثبت من (ب) .
(٧) زيادة من (ب) .

الفصل الثاني : في قواطع الخيار

وهو [١] قول أو فعل .

أما القول : فهو كلُّ ما يُصَرِّح به ، كقولهما : اخترنا [٢] ، والتزمنا [٣] ، ورفعنا ، الخيار ، أوما يتضمنه ، كالعتق والبيع ، على ما سيأتي .

وإن انفرد أحدهما وقال : التزمت ، لم يَسْقط خيارُ صاحبِه ويَسْقط خياره على الأصحّ ، وفيه وجه من حيث إنه أثبت هذا الخيار للمتبايعين جميعًا فلا يستقل به أحدهما .

أما الفعل : فهو الافتراق [٤] . وذلك بالشخص ، والروح ، والعقل .

أما التفرق بالشخص : فهو أنْ يُفارق صاحبَه إلى حدٍّ لو استقرَّ فيه عُدًّا خارجَيْنِ عن مجلس التخاطب .

ثم يَبْطل خيارُ القاعد أيضًا ؛ لأنه قادرٌ على مساوقته ، ولو تساوقا في مشي أو سفينة دام الخيارُ إلى الافتراق .

وفيه وجه لطيف : أنه لا يزيد على ثلاثة أيام ، فإنه منتهى أَمَدِ الشرع في جواز البيع ، وتخصيص المجلس ها هنا جرى بناء على الغالب .

أما التفرق بالروح : فهو بالموت وقد نصَّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على بقاء الخيار للوارث [٥] . ونصَّ في المكاتب إذا مات في مجلس العقد : أنه وَجَبَ العقدُ : فمن الأصحاب مَنْ تكَلَّف فَرْقًا ، وهو أن الخيار للوارث ، والمكاتب لاوارث له ، والسيد ليس وارثًا تحقيقًا ، فانقطع [خيارُ المجلس بموته] [٦] إذ لم يمكن نَقْلُه .

---

(١) في (ب) : « وهي » .

(٢) في (ب) : « أجزنا » .

(٣) في (ب) : « ألزما » .

(٤) في (أ) : « بالافتراق » .

(٥) انظر : الأم : (٤/٣) ، روضة الطالبين : (٤٤١/٣) .

(٦) زيادة من (أ ، ب) .

ومنهم مَنْ قال : في المسألتين قولان [1] ، منشؤهما : أنّ المفارقة بالروح هل تُنَزَّل منزلةَ المفارقة بالشخص ؟

ومنهم مَنْ قطع بالبقاء في المسألتين للوارثِ وللسيدِ ، لأنه حقٌّ مقصودٌ ؛ فلا يبطل بالموت كخيار الشرط .

نعم ، ينقدح الخلافُ في أن الوارث إذا بلغه الخبرُ يدوم خيارُه بدوام مجلس بلوغِ الخبر ، أم هو على الفور ؟ من حيث إن التفرق بالموت أَبْطَلَ المجلسَ ، وبقي مجردُ الحقِّ فثبت اختياره [2] على الفور .

والوجه الآخر : أنّ الحق إذا بَقِيَ بَقِيَ بوصفه ، ومثل هذا الخلاف جارٍ فيما إذا مات وقد بقي من مدة خيار [3] الشرط يومٌ ، وبلغ الوارثَ الخبرُ بعد تصرُّمِ ذلك اليوم ، أنّ بقيةَ المدة هل تَبْقَى في حقه ؟ من حيث إن تَعَيُّنَ إبقاءِ الحقّ ، فوصف المدة والمجلس بعد جريان الاختصاص فيه قد بطل .

أما العاقد الحيّ فينقطع خيارُه أيضًا إنْ قطعنا خيارَ صاحبه ، وإلا فيبقى ويدوم إلى أنْ يَسْتوفي الوارثُ خيارَ نفس [إذا بلغه الخبرُ ، فإذا بطل خيارُ الوارث بَطَلَ خيارُه إذ ذاك ، وإلا فلا] [4] وقيل : إن الحي لا يتصرف بالخيار [بالفسح] [5] و[الإجارة] [6]

---

(١) قال في الروضة : « وللأصحاب ثلاث طرق :

أصحُّها : في المسألتين قولان أظهرهما يثبت الخيار للوارث والسيد ، كخيار الشرط والعيب ، والثاني : يلزم ؛ لأنه أبلغ من المفارقة بالبدن . والطريق الثاني : يثبت لهما قطعًا . وقوله في المكاتب : وجب البيع ، معناه : لا يبطل ، بخلاف الكتابة . والثالث : تقريرُ النصيف . والفرق ؛ أن الوارث خليفةُ الميت ، بخلاف السّيد . وحُكي قوله مخرَّج من خيار المجلس في خيار الشرط : أنه لا يورث ، وهو شاذ » انظر : روضة الطالبين (٣/٤٤١) ، المجموع (٩/٢٤٦ - ٢٤٧) .

(٢) في (ب) : « خياره » .

(٣) كلمة : « خيار » : ليست في (أ ، ب) .

(٤) زيادة من (أ ، ب) .

(٥) زيادة من (أ ، ب) .

(٦) زيادة من (أ) .

قبل بلوغ الخبر إلى الوارث [١] ، كي لا ينفرد أحدُ العاقدين ، وهو بعيد [٢] .

ولو أُكْرِهَ أحدُهما على الخروج ، أو حُمِلَ قهرًا ؛ ففيه وجهان [٣] يقربان من الموت . وقيل : إنه ينقطع بسقوط خيارِه إن كان مفتوحَ الفم ، فإنه قدر على الفسخ ، ولا وجه له ، فإنَّ صَدْمَةَ الحالِ قد تدهشه [٤] / . ٦٦/ب

ثم إذا نفينا خيارَه ، فمهما عاد إلى اختياره كان كالوارث يبلغه [٥] الخبر . ولا فَرْقَ بين أن يُحمل أو يُكْرَه على الخروج ، وإنْ فرقنا في اليمين على قول : لأن هذا حكمٌ منوطٌ بصورة المفارقة وذلك يتعلّق بالحنث والمخالفة ، وللقصدِ فيه مَدْخَلٌ .

[و] [٦] أما المفارقة بالعقل : بأنّ [٧] جُنَّ أحدُهما أو أُغْمِي عليه : فالظاهر أنَّ الخيار يبقى للقيّم والوليّ ، ولا يبطل بمفارقته بعد الجنون . وفيه وجه مُخرج من الموت : أنه ينقطع ؛ إذ هذا الخيارُ بعيدٌ عن قبول النقل وقد تعذَّر إبقاؤه للعاقد .

---

(١) كلمة : « الوارث » : ليست في (ب) .

(٢) قال في الروضة : « وأما الحي ، ففي « التهذيب » : أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس . وقال الإمام : يلزم العقد من الجانبين ، ويجوز تقديرُ خلافٍ فيه ، لِمَا سبق أن هذا الخيار لا يتبعّض ، سقوطُه كثبوته .

قُلْتُ : قول صاحب « التهذيب » أصح ، وفيه وجه ثالث حكاه القاضي حيث إنه يمتدّ حتى يجتمع هو والوارث . ورابع حكاه الروياني : أنه ينقطع خيارهُ بموت صاحبه ، فإذا بلغ الخبرُ الوارثَ ، حدث لهذا الخيارُ معه ، والله أعلم » .. انظر روضة الطالبين : (٤٤١/٣) ، المجموع : (٢٤٧/٩) .

(٣) قال في الروضة : « إذا حُمل أحدُ المتعاقدين فأخرج من المجلس مُكرهًا ، فإن مُنع الفسخ بأنْ سُدَّ فَمُه لم ينقطع خيارُه على المذهب . وقيل وجهان كالقولين في الموت ، وهنا أولى ببقائه ؛ لأن إبطال حقه قهرًا بعيد . وإن لم يُمنع الفسخ فطريقان ، أحدهما : ينقطع .

وأصحهما على وجهين ، أصحهما : لا ينقطع » . انظر روضة الطالبين : (٤٤٣/٣) ، والمجموع : (٢١٥/٩) .

(٤) في الأصل : « يدهشه » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) كلمة : (يبلغه) : ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « فإن » .

فرع :

إذا تنازع المتعاقدان في التفرّق ، وجاءَا متساوقَيْنِ ، وقال أحدُهما : لم أُفَارِقْه بَعْدُ ، وليَ الخيارُ : فالقول قولُه ؛ إذا الأصل عدم التفرق . ولو تنازعا ، فقال أحدهما : فسختُ [(١)] في المجلس ، وأنكر الآخر [(٢)] : قال صاحب التقريب : القولُ قول مُدَّعي الفسخ ؛ لأنه تَصَرُّفٌ يَستَبِدُّ به وقال غيره : القولُ قول الآخر لأن العقد والتفرقَ معلومان وهو يَدَّعي فسخًا ، فعليه إثباتُه .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (ولو تنازعا فقال أحدهما فسخت) يعني : تنازعا وقد تفرقا ، والله أعلم » . (المشكل : ٢/٥٥ / ب) .

(٢) الصحيح : أن القول قول المُنكِر مع يمينه . انظر الروضة : (٣/٤٤٤) ، المجموع : (٩/ ٢١٦ ، ٢١٧) .

الباب الثاني

في خيار الشرط

(وفيه فصلان)

الأول : في حكمه في نفسه [ومُدَّته] (١)

وفيه مسائل خمسة (٢) :

الأولى : في آخر مُدَّتِه :

ولا يزيد (٣) على ثلاثة أيام عندنا ؛ لأنه ثبت على خلاف القياس لحاجةِ دَفْع الغبينة ؛ إذ كان حبَّان بنُ منقذ يُخْدَع في البيعات ، فشكا أهلُه إلى النبي ﷺ فقال له : « قُل : لا خِلاَبَةَ » ، واشترط (٤) الخيار ثلاثة أيام (٥) .

وقال أبو سيف : لا حَصْرَ فيه أصلًا .

وقال مالك : يتعذّر به إلا فيما لا يطلع عليه في ثلاثة أيام مِمَّا تغمض (٦) معرفته .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة : « خمسة » : ليست في (أ) .

(٣) في (ب) : « تزيد » .

(٤) في (أ) : « ولك » .

(٥) الحديث أخرجه البخاري بلفظ : « أن رجلًا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع ، فقال : « إذا بايعت فقل : لا خلابة » (٣٩٥/٤) (٣٤) كتاب البيوع (٤٨) باب ما يكره من الخداع في البيع (٢١١٧) ، وأطرافه (٢٤٠٧ ، ٢٤١٤ ، ٦٩٦٤) ، ومسلم : (١١٦٥/٣) (٢١) كتاب البيوع (١٢) باب من يُخْدع في البيع (١٥٣٣) . وأبو داود : (٢٨٠/٣) كتاب البيوع باب في الرجل يقول في البيع : لا خلابة . (٣٥٠٠) ، والترمذي : (٥٥٢/٣) (١٢) كتاب البيوع (٢٨) باب ما جاء فيمن يُخْدع في البيع (١٢٥٠) ، والنسائي : (٧ /٢٥٢) (٤٤) كتاب البيوع (١٢) باب الخديعة في البيع (٤٤٨٤ ، ٤٤٨٥) . وراجع التلخيص الحبير : (٢١/٣) حديث رقم : (١١٨٥) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن خيار الشرط لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، فإنْ زاد بطل البيع ، ويجوز دون =

الثانية : أولُ مدته : وفيه وجهان :

أظهرهما : أنه يُحسَبُ من وقت العقد . والثاني : أنه يُحتسب من وقت التفرُّقِ ؛ لأنّ الجمع بين خيارين متجانسين لا يُعقل ؛ ولأن الشارط يَبْغي الإثباتَ لنفسه في وقتٍ يقتضي العقدُ لزومَه ، وعلى هذا فلو صَرَّح بشرط ابتدائه [1] من وقت العقد انبنى على المعنيين [2] .

فإن عللنا بمطلق إرادته ظاهرًا فقد تغيَّر بالتصريح ، وإن عللنا بأن اجتماع المتماثلين لا يُعقل لم يثبت هذا الشرطُ .

وعلى الأول : لو صَرَّحَ باشتراط ابتدائه من وقت التفرق فالظاهرُ البطلانُ ؛ لأنه يصير مجهولَ الأولِ .

ثم إذا اجتمع الخياران ، فيرتفعان بقولهما : ألزمنا وأسقطنا الخيار الجواز [3] . ولو خَصَّصا أحدَ الخيارين بالإسقاط لم يَسْقُطِ الآخرُ .

والوجهان – وهو أن يُعتبر من وقت العقد [4] في أول مدة الأجل في الثمن –

= الثلاثة . وهو مذهب أبي حنيفة وزفر . ومذهب أبي يوسف ومحمد بن الحسن : أن خيار الشرط يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، إذا ذُكِرَتْ مدةٌ معلومة . ومذهبهما منقول عن ابن عمر رضي الله عنه .

ومذهب المالكية : أن مده خيار الشرط تختلف باختلاف المبيعات ، ففي الفواكه تكون مدة الخيار ساعةً ؛ لأنها لا تحتاج لكثيرِ وقتٍ ، وفي الدواب والثياب ثلاثة أيام فما دونها ، وفي الرقيق جمعة فما دونها ، وفي الديار والأرض الشهر ونحوه ، وإن جعل المتعاقدان مدة معلومة على قدر ما ذُكِر صَحَّ العقد ، وإن زاد على ذلك القدر فسد العقدُ ، وإن لم يُحدِّدا مدة الخيارِ صَحَّ العقد وحُمِلَتْ على ما ذُكِر .

انظر : التنبيه : (٦٢) ، روضة الطالبين : (٤٤٤/٣) ، والمجموع : (٩ / ٢٢٦) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٧٠) ، مختصر الطحاوي : (٧٥) ، شرح فتح القدير : (٦ / ٢٩٩) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٢) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤ / ٥٦٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣١) . الكافي : (٣٤٣) ، القوانين الفقهية : (٢٧٨) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٩١) .

(١) في (ب) : « ابتداؤه » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « العلتين » .
(٣) كلمة : « الجواز » : ليست في (أ) ، (ب) .
(٤) زيادة من (أ) .

جاريان ؛ لأن الخيار أيضًا يفيد قَطْعَ المطالبة ، وهو أولى بأن يُحتسب من أول العقد لِمَا بينهما من الاختلاف ، وأما مدة الإجازة : إنْ حكمنا بثبوت خيار الشرط فيها ، ففي ابتدائها أيضًا هذان الوجهان ، والأصحُّ [1] : أنه من وقت العقد .

الثالثة : معرفة قَدْر المدة التي لابدَّ منها : فلو أجّل الخيار بمجهول ، فَسَدَ ولم ينقلب صحيحًا بالحذف بعده ، وكذلك لو أُبْهِمَ بأنْ أثبت الخيار في أحد العبدين لا بعينه .

ولو شرط الخيار في واحدٍ معيَّن من عبدين ، فيخرج على تفريق الصفقة في الجمع بين مُخْتَلِفَي الحكمِ .

الرابعة : من أثره إفادةُ سلطةِ الفسخ دون حضور الخصم وقضاء القاضي ، خلافًا لأبي حنيفة [2] .

وهل يؤثر في دَفْع الملك وبقائه للبائع ؟ فيه [3] ثلاثة أقوال [4] :

---

(١) قال في المجموع : « قال الغزالي في « الوسيط » : وأما مدة الإجازة إذا قلنا : يثبت فيها خيار الشرط ففي ابتدائها هذا الخلاف المذكور في الأجل ، قال : والأصح أنها من العقد ، والله أعلم » . انظر المجموع : (٩ / ٢٣٨) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنَّ مَنْ له خيار الشرط له فَسْخُ العقد ، حضر صاحبه أو غاب ، وكذلك لا يفتقر نفوذُ فَسخِه إلى الحاكم .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز لمن له شرط الخيار أنْ يفسخ إلا في حضور صاحبه وعلمِه بذلك ، حتى لو كان حاضرًا ولم يعلم لم يَجُز . وقال أبو يوسف : يجوز وإن لم يكن الآخر حاضرًا .

انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٤٤٧) ، المجموع : (٩ / ٢٣٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣٢) .

(٣) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(٤) قال في الروضة : « وأما الأظهر من الأقوال فقال الشيخ أبو حامد وَمنْ نحا نحوه : الأظهر أنّ الملك للمشتري ، وبه قال الإمام . وقال آخرون الأظهر : الوقف ، وبه قال صاحب « التهذيب » ، والأشبه : توسط ، ذكره جماعةٌ ، وهو أنه إن كان الخيار للبائع فالأظهر بقاء الملك له ، وإن كان للمشتري فالأظهر : انتقالهُ إليه . وإن كان لهما فالأظهر الوقف » . انظر : روضة الطالبين : (٣/٤٥٠) ، المجموع : (٩ / ٢٥٥) .

أحدها : أنه لا يزول ملكُ البائع ، وهو مذهب أبي حنيفة [١] ؛ لأنّ الرضا لم يتكامل مع شرط الخيار .

والثاني : يزول ، إذ ثبت الخيارُ على خلاف القياس دفعِ الغبينة فيثبت بقدرِ الضرورة ، ولا حاجةَ إلى إخراج البيع عن كونه مفيدًا بسببه .

والثالث : التوقُّف ، فمن استقرَّ الأمر [عليه] [٢] بيَّنَّا ملكَه في الابتداء .

الخامسة : إذا شرط الخيار لثالثٍ ثبت له : وهل يثبت لهما ؟ [وفيه] [٣] وجهان :

أحدهما : لا ؛ اتباعًا للشرط [٤] .

والثاني : بلى ؛ لعلتين إحداهما [٥] : أنَّ مُطْلَقَ الشرطِ يبنى على الثبوت للثالث بطريق النيابة ، فعلى هذا فلو صَرَّحَ بالنفي انتفى . والثانية : أنّ ثبوته للغير لا يُعقل استقلالًا ، بل هو بطريق النيابة ضرورةً ، فعلى هذا لو [٦] صَرَّحا بالنفي لم يُعقل الثبوت

---

(١) مذهب الشافعية : أنّ ملك المبيع في زمن الخيار فيه ثلاثة أقوال : أحدها : للمشتري ، والملك في الثمن للبائع . والثاني : للبائع ، والملك في الثمن للمشتري . والثالث : موقوف ، فإن تمَّ البيعُ ، بانَ حصولُ الملكِ للمشتري بنفس البيع ، وإلا بان أنّ ملك البائع لم يزل .

ومذهب الحنفية : أنّ خيار الشرط إذا كان للبائع فإنه يمنع خروج المبيع من ملكه ، وإذا كان للمشتري فإنه لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع ، إلا أنّ المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة ، وعند صاحبيه : يملكه . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٥٠) ، المجموع : (٩ / ٢٥٤ ، ٢٥٥) الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٣) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤ / ٥٧٦) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣١) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) ذكر في الروضة أنهما وجهان ، وقيل : قولان . وأنّ أظهرهما : هذا القول الأول . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٤٨) ، المجموع : (٩ / ٢٣٤) .

(٥) في (أ) : « إحديهما » .

(٦) في الأصل : « وإن » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

للثالث دون الثبوت لهما [١] .

أما الوكيل المأذون في العقد بشرط الخيار إذا أطلق شرط الخيار ففيه ثلاثة أوجه ؛ أحدها : أنه يثبت للموكّل ؛ لأنه وقع العقد له . والثاني : للوكيل [٢] ؛ لأنه العاقد . والثالث : لهما جميعًا .

وأما [٣] خيار المجلس فيختص بالوكيل قطعًا ؛ (٤ لأنه الحاضر ، فلو كان الموكّل في المجلس ٤) حجر على الوكيل في الخيار ، فإن قُلنا : عليه الامتثالُ رجع حقيقة الخيار إلى الموكلّ .

وإن قلنا : لا يمتثل ، فإنه من لوازم السبب السَّابق ، [وهذا] [٥] وإن كان بعيدًا أيضًا ففيه تأملٌ للناظر .

* * *

(١) قال الحموي : قوله : (إذا شرط الخيار لثالث ثبت له ، وهل يثبت لهما فيه وجهان أحدهما : لا يثبت اتباعًا للشرط . والثاني : نعم لعلتين : إحداهما : أنّ مطلق الشرط ينبني على الثبوت لثالث بطريق النيابة .

والثاني : أن ثبوته للغير لا يعقل استقلالًا لكن هو بطريق النيابة ضرورة ، فعلى هذا لو صَرَّحا بالنفي لم يعقل الثبوت لثالث دون الثبوت لهما) . فإنْ قيل : ما ذكره الشيخ - رحمه اللّه - في العلة الثانية هو كالعلة التي قبلها وذلك بطريق النيابة فيهما كما لا يخفى .

قال المصنف : قلت : أمكن أن يقال على العلة الثانية أن شرطهما الخيار لثالث يقتضي - من حيث اللفظ - ثبوتَه لهما ؛ لأنهما أثبتاه للأجنبي لينظر لهما إذ هما المتعاقدان ، فعلى هذا لو صَرَّحا بالنفي من أنفسهما انتفى عنهما ذلك ، وهو معنى قوله بعد ذلك ، فإنْ صَرّحا بالنفى عن أنفسهما ففسادُ الشرط ينبني على المعنيين ، فإن تلقياه من اللفظ لم يفسد ، وإن تلقياه من المعنى وحقيقةِ النيابة فسد ؛ لأنه إذا كان يستحيل ثبوته لمن ليس عاقدًا بطريق النيابة ، فيكون الجمع بين إثبات الخيار للغير ونَفْيه عن المتعاقدين فاسد ، وهذا في الحقيقة ليس بإشكال وإنما يشكل فهمه على مَنْ ليس إدراكُه قويًّا » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٤٩) ، المجموع : (٩ / ٢٣٢) .

(٣) في (ب) : « أما » .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

الفصل الثاني

في حكم الخيار في الطوارئ في مدته

والنظر في الزيادات ، والتصرفات ، والوطء ، والتلف .

فالمتصلة منها تابعة [١] ، والمنفصلة كالولد ، والكسب ، يُسَلم / لِمَنْ حكمنا له [٢] ٦٧ / أ بالملك في [٣] حالة الحصول في آخر الأمر .

فإن اقتضى تفريعُ أقوال الملك الحكمَ بالملك في حالة الحصول دون آخر الأمر أو [٤] على العكس فوجهان ، منشؤهما : تعارضُ النظر إلى الحال والمآل .

أما التصرفات :

فالعتقُ إنْ صَدَر من المنفرد بالخيار نفذ ، وإن كان الخيار لهما وصدر من البائع نفذ ؛ لأن عتقه فسخٌ ، وهو مُستبدٌّ به . وإن صدر من المشتري لا بإذن البائع ، فإنْ قلنا : لا ملك له [لم ينفذ ، وإن قلنا : الملك له] [٥] فوجهان [٦] يقربان من القولين في عتق الراهن ؛ إذ للبائعِ حقٌّ متعلق بالعين لازم [٧] ، فإن قلنا : ينفذ فالظاهر أنه لا يبطل خيار البائع ، ولكن في فائدته وجهان :

أحدهما : أنه يفسخ العقد ويرجع إلى القيمة ، إذ العتق لا مردَّ له [٨] .

والثاني : أنه يرد العتق وكأنه نفذ بشرط ألا يرد .

---

(١) كلمة : « تابعة » : ليست في (أ) .

(٢) في (أ) : « لك » .

(٣) قوله : « في » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « و » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) أصح هذين الوجهين – وهو ظاهر النص – : أنه لا ينفذ . انظر الروضة : (٣ / ٤٥١) ، المجموع : (٩ / ٢٥٦ ، ٢٥٧) .

(٧) كلمة : « لازم » : ليست في (أ) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٥٢) ، المجموع : (٩ / ٢٥٧) .

وقيل : إن خيار البائع يبطل ؛ لأنه لا يُقاوم قُوة العتقِ كحقِّ المرتهن من الاختصاص ، والبيعُ كالعتق .

وفي صورة الخلاف [وجه] [١] مرتب عليه ، وأولى بأن لا ينفذ ، وإن نفذ [٢] فلا يتجه إبطالُ خيارِ البائع ، بل يتعين أنْ يُسَلّط على فسخ البيع الثاني والأول إن شاء ، إذ البيعُ يحتمل الردَّ . وإن [٣] قلنا : لا ينفذ العتقُ والبيعُ ، فهل ينفذ بإجازة البائع ؟ أما البيع : فلا ؛ فإنه لا يَقْبل الوقت ، وفي العتق خلاف .

وإن [٤] قلنا ينفذ ، فيستند إلى وقت العتق ، أو من وقت الإجازة ينفذ ؟ [فيه] [٥] وجهان [٦] .

وهل [٧] يُجْعل التصرفُ المردود إجازةً من المتصرف في جانبه [٧] ؟ [فيه] [٨] وجهان ، إذا فهمنا أنه إجازةٌ ؛ لأنه واقعٌ من ضرورته ، والردُّ جرى لحقّ الغير .

فرع :

[لو] [٩] اشترى عبدًا بجارية [١٠] ، والخيار للمشتري ، فله أنْ يستبدَّ بعتقِ أيهما

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « تعدما » ، وفي (ب) : « نفذنا » .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) أصح هذين الوجهين : أنه ينفذ من وقت الإجازة . انظر الروضة : (٣ / ٤٥١ ، ٤٥٢) ، المجموع : (٩ / ٢٥٧) .

(٧) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة من (ب) ، وفي (أ) : « إذا » .

(١٠) قال ابن الصلاح : « قوله فيما إذا اشترى عبدًا بجارية : (الأصح أنه ترجح جانب العبد ؛ لأنه إجازة للعقد فهو أولى من الفسخ ولأن الصحيح أن العقد ملكه) هكذا وقع والله أعلم في النسخ (ولأنّ) بالواو ، وصوابه حذف الواو ، وذلك أنّ القاعدة أنّ الفسخ أولى من الإجازة ؛ لأن الفسخ هو الذي وُضِعَ الخيار له ، أما الإجازة فقد كانت حاصلةً بدونه بالعقد وإنما قدمت الإجازة هاهنا لأن الصحيح أن العبد ملكُ المشتري ؛ فعتقُه يُصادِفُ ملكه من غير حاجة إلى تقدير انتقال الملك بواسطة الفسخ ، بخلاف عتق الجارية فإنه يحتاج فيه إلى ذلك لكونها خارجةً عن ملكه على الصحيح المذكور ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٥ / ب) .

شاء على البدل ؛ لأنه مستبدٌّ بالفسخ والإجازة .

فلو أعتقهما جميعًا ، قال أبو حنيفة : يُعْتَقَان . وهو متناقض [1] ؛ لأنه [2] جمعٌ بين الفسخ والإجازة ، فالوجْهُ الترجيحُ .

وحكى الشيخ أبو علي وجهًا : أنهما يتدافعان ، كالجمع بين أُختين في النكاح .

واختار ابن الحدَّاد - وهو الأصح - : أنه يُرَجَّح جانب العبد ؛ لأنه إجازة للعقد ، فهو أولى من الفسخ ، ولأن الصحيح أنّ العبدَ ملكه .

ومنهم من قال : الجاريةُ أولى ، لأنّ الفسخ أقوى من الإجازة .

ولو فرعنا على أن الملك في زمان الخيار للبائع - وهو بعيد في هذه الصورة - فتكون الجارية [معتقة] [3] أولى ؛ لاجتماعِ الملكِ وسلطانِ الفسخ .

أما الوطء : إن صدر من البائع - وله خيار - فلا حدَّ ولا مَهْرَ ولا تحريم ؛ لأنه فسخ ، نصَّ الشافعي - رضي اللّه عنه - عليه [4] .

وخَرَّج بعضُ أصحابِ الخلافِ وجهًا من إيهام العتق بين أَمَتَين ، وأنه لا يكون فسخًا ، كما لو وطئ إحدى الأَمَتَيْن .

ومن أصحابنا مَنْ قال : تَعَرَّض بالوطء للتحريم ، وإن جعلناه فسخًا ، إذ كان من حقه أنْ يفسخ ثم يطأ .

وقطع الشيخ أبو محمد بنفي التحريم ؛ لجريان الملك مع الوطء غير متأخر عنه ، وقال [5] : لو رأينا الوطءَ رجعةً لأَحْلَلْنَاه في الرجعيَّة [6] .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « مناقض » .
(٢) في (أ) : « فإنه » .
(٣) زيادة من (أ) .
(٤) انظر : الأم : (٣ / ٤) ، روضة الطالبين : (٣ / ٤٥٦) ، المجموع : (٩ / ٢٦٠) .
(٥) في (أ) : « قال » .
(٦) في (ب) : « رجعية » .

أما المشتري : فهو كالبائع في الإباحة ، وكونِه إجازةً إنْ لم يكن للبائع خيار ، وإن كان له خيارٌ : حرم الوطء وحصلت الإجازة من جانبه على الأصح .

وقيل : إنه يُحمل [من جانبه] (١) على الامتحان ، كالخدمة (٢) .

ولو وطئ بإذن البائع لزم من جانب البائع أيضًا ، وإن كان بِمَرْأًى منه - وهو ساكت - فوجهان (٣) ، إذ السكوتُ عليه - مع خطره - حضورُ دليلٍ على الرضا .

وأما الحدُّ : فساقطٌ للشبهة ، (٤ والمهرُ حكمُه حكمُ الكسب ٤) .

فإن جرى الإحبال مع الوطء : فحريةُ الولدِ وَنَسبُه ثابتٌ للشبهة ، وقيمةُ الولد لها حكم الكسب [والمهر] (٥) وأميةُ الولد لها حكم العتق ، وأولى بالتنفيذ لأنه فِعْلٌ . وقيل خلافه ؛ لأن العتق حريةٌ مُنَجَّزة ، والترتيبُ متقادم .

وأما تلف المبيع : فإن كان في يد البائع : انفسخ العقدُ ، وإن كان في يد المشتري وقلنا (٦) : الملك للبائع انفسخ [العقد] (٧) لأن بقاء الملك أقوى من بقاء عُلْقة اليد .

وإن قلنا : إن الملك للمشتري فوجهان (٨) ؛ ووجه الانفساخ : بقاء علقه الخيار للبائع .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في وطء المشتري في زمن الخيار : (وقيل : يُحْمل على الامتحان كالخدمة) كلامٌ غَثٌّ ينفر منه المؤمنُ ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٦ / أ) .

(٣) أصح هذين الوجهين : أنّ سكوت البائع لا يكون رضًا بالوطء . انظر روضة الطالبين : (٤٥٧/٣) ، المجموع : (٩ / ٢٤٤) .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فقلنا » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) أصح هذين الوجهين : أنه لا ينفسخ . انظر الروضة : (٤٥٣/٣) ، المجموع : (٩ / ٢٦٢ ، ٢٦٣) .

وحيث قلنا : لا ينفسخ ، ففي بقاء الخيار وجهان :

أحدهما : [أنه] [١] لا يبقى ؛ لفواتِ المعقود عليه ؛ فيضاهي فواتَ الردِّ بالعيب عند فوات المبيع .

والثاني : يبقى [٢] ؛ لأن الردَّ يعتمد المردودَ ، وها هنا الخيار يقوم بالعقد ، والعقدُ قائمٌ .

وإن قُلنا : ينفسخ وجبت القيمةُ على المشتري ؛ ويعتبر [٣] يوم القبض أو التلف حكمه حكم المستعار ، إن قلنا : الملك للبائع ، وإن قلنا : الملك للمشتري يُعتبر [٤] حالة التلف ؛ وإن [٥] كان قبله ملكًا له فإن قيل : بماذا ينقطع الخيار ؟

قلنا [٦] : بما يدل على الرضا ، من البيع ، والعتق ، والهبة مع القبض وكل [تصرف] [٧] مزيل للملك ، وكذلك بالهبة والتسليم مع الولد - وإن كان خيار الرجوع ثابتًا - لأن ذلك استدراكٌ بعد ثبات [٨] الملك .

ولا ينقطع الخيار بالهبة قبل القبض ، ولا بالبيع بشرط الخيار - إن قلنا : إنه لا يُزيل الملك - ولا بالعرض على البيع ، والإذن في البيع ، فإنه همٌّ [٩] دون الإتمام ، بخلاف الوصية فإنها تنقطع بالعرض على البيع لغاية الضعف .

ولا ينقطع [الخيار] [١٠] بالتَّسْليم والتَّسلُّم ، ولا بالاستخدام وركوب الدابة ، وينقطع بالوطء على الصحيح .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٥٣ ، ٤٥٤) ، المجموع : (٩ / ٢٦٣) .

(٣) في (أ) : « يغرم » ، وفي (ب) : « نعتبر » .

(٤) في (ب) : « نعتبر » .

(٥) في (أ) : « إذ » .

(٦) قوله : « قلنا » : ليس في (أ) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « زوال » .

(٩) في (أ) : « يتم » ، وفي (ب) : « يتم به » .

(١٠) زيادة من (أ) ، (ب) .

والأظهر : أنه ينقطع بالإجارة والتزويج وقد تنخل منه أن الوصية / أضعفُ من البيع ٦٧ / ب بشرط الخيار وحقّ الشفعة ، والردّ بالعيب أضعفُ من الوصية ؛ لانقطاعِها بالتأخير .

وأما الرجوع عن الهبة ، فلا يحصل إلا بالتصريح ، وفي حصوله بالإعتاق خلاف .

فهذه [1] مراتب الحقوق ، واللّه أعلم وأحكم .

* * *

(١) في الأصل : « فهذا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

الباب الثالث

في

خيار النَّقيصة

وما سبق كان ثابتًا على طريق التشهي ، وهذا الخيار لا يثبت إلا بفوات أمرٍ مظنون ، ينشأ الظنُّ فيه من التزامٍ شرطيٍّ أو قضاءٍ عرفيّ ، أو تغرير فعليّ .

والنظر فيه [١] ينقسم إلى : بيان الأسباب المثبتة ، والموانع المبطلة .

* * *

السبب الأول : الالتزام الشرطي :

وهو الأصل ، وما عداه مُلْحقٌ به ، فمهما شَرَطَ وصفًا يتعلق بفوات نقصان مالية لكونه خبَّازًا ، أو كاتبًا ، أو متجعد الشعر ، وغيره ، فإذا فُقِدَ ثبت الخيار للمشتري .

وإن شَرَطَ ما لا غرضَ فيه ولا ماليةَ فيه ، ككونه مُشَوَّه الخَلْقِ : أُلغى الشرط ولزم العقدُ ، كأن شرط ما فيه غرضٌ ولا مالية كالثيابة [٢] في الجارية ، والكفر في العبد وهو في بلادنا ، ففيه تردد [٣] ، ووجهه ظاهر .

* * *

السبب الثاني : العيب :

وهو كل وصفٍ مذموم اقتضى العرفُ سلامة المبيع عنه غالبًا ، وقد يكون ذلك ،

---

(١) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « كالثيوبة » .

(٣) قال في الروضة : « ولو شرط كفره ، فَبَانَ مسلمًا ثبت الخيار على الصحيح ، وقيل : إن كان قريبًا من بلاد الكفر ، أو في ناحية أغلبُ أهلها الذِّمِّيُّون ثبت الخيار ، وإلا فلا . وقال المزني : لا خيار أصلًا » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٦٠) .

بنقصان وصفٍ أو زيادته ، وقد يكون نقصانَ عينٍ كالخصيّ ، أو زيادته كالأصبع الزائدة .

والخصي وإن زادت قيمته ولكن ما فات منه مقصودٌ ، ويتعلق به مالية وإنها الزيادة الجب بالخبر [١] لغرضٍ آخر حصل به ، فلم ينفك عن نقصان .

والبول في الفراش ، والبَخَر الذي ينشأ من تغيير المعدة ، والصنّان الذي يخالف العادة ولا يقبل العلاج عيبٌ في العبيد والإماء ، خالف أبو حنيفة في العبيد [٢] .

واعتياد الإباق والسرقة والزنا عيبٌ فيهما .

وقال أبو حنيفة : الزنا [هو] [٣] عيب [٤] في الإماء دون العبيد [٥] واحتباس الحيض عيبٌ في الجواري .

وكون الجارية أختًا للمشتري أو ولدَه ليس بعيب ، وإن اقتضى ذلك تحريم الوطء أو حصولَ عتقٍ ؛ لأنه نقصٌ في نفس الجارية .

وثقل الخراج في الضيعة ، واعتياد الجند النزول في الدار عيبٌ فيهما لقلة الرغبات بسببه .

وشق الأذن في الشاة ليس بعيب ، إن لم يمنع الإجزاء في الأضحية وحيث يَمْنع ألحقَهُ صاحبُ التقريب بالخصيّ ؛ لأن فيه فوات غرضٍ .

---

(١) كلمه : « بالخبر » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن البخر والصنان عيب في العبيد والإماء على حد سواء .

ومذهب الحنفية : أن البخر والصنان عيبٌ في الإماء ، وليسا بعيب في العبيد إلا أن يكونا من داء .
انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٦١) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٧١) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « العيب » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن السرقة والزنا والإباق عيبٌ في العبيد والإماء على السواء .

ومذهب الحنفية : أن الزنا ، وكذا ولد الزنا ، عيبٌ في الإماء دون العبيد .

انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٦١) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١ / ١٧١) . الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٣٩) .

هذا كله في عيبٍ تقدَّمَ وجودُه على العقد ، أو على القبض ، فأما [١] ما حدث بعد القبض فلا يُردّ به ، إلا إذا استند إلى سببٍ قديمٍ كما إذا اشترى عبدًا مرتدًّا فقيل : إن كان في يد البائع فهو من ضمانه ، وإن [٢] قُتِلَ في يد المشتري فهل هو من [٣] ضمان البائع ؟ فيه وجهان [٤] .

وإن كان عالمًا حال العقد بردَّته فوجهان مرتبان ، وأولى بألا يكون من ضمان البائع . ووجه كونه من ضمان البائع : قيامُ علقة الردةِ السابقة في الوجود على العقد أو القبض . فإن قلنا : لا ينفسخ فله أرشُ التفاوت بين المرتدِّ والمُسْلِم ، إن كان جاهلًا عند العقد .

فإن قيل : هلَّا أبطلتم بَيْعَ المرتدّ وهو هالكٌ حكمًا ؟

قلنا : حكى الشيخ أبو علي وجهًا : أنه باطل ، ولكنه بعيد ؛ لأن المالية في الحال مُحَققة ، والعودُ إلى الإسلام ممكنٌ .

نعم في العبد المستحقّ قتلهُ في قطع الطريق وجه نظر أظهر منه : أنه يمتنع بيعه ؛ إذ لا محيص من القتل . والظاهر : صحة بيعه أيضًا ؛ نظرًا إلى الحال . أما إذا مات العبدُ بمرض تقدم على البيع ففيه طريقان ؛ منهم من ألحقه بالردة في كونه من ضمان البائع ، ومنهم مَنْ قطع بأنه من ضمان المشتري [٥] ، إذ المرضُ يتزايد ، والردة في حكم الشيء الواحد .

فأما إذا استحق قطع يده في السرقة ، فقطع بعد [٦] القبض :

إن قلنا : إن المرتد من ضمان البائع ، فهذا [٧] أيضًا من ضمانه حتى يطالب بأرش التفاوت بين الأقطع والسَّليم عند تعذّر الرد ، وإلا فله الرد ، وإن قلنا : ليس المرتدّ من ضمان البائع فليس له ها هنا إلا التفاوتُ بين عبد استحق قطعه ، وبين المنفكّ عن هذا الاستحقاق .

والاقتراعُ بعد القبض بتزويج سابق على العقد : حكمُه حكمُ القطع .

* * *

---

(١) في (أ) ، (ب) : « أما » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « في » ، والمثبت من (أ) .

(٤) أصح هذين الوجهين : أنه من ضمان البائع : انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٦٦) .

(٥) وهذا الطريق هو الأصح والأشهر . انظر الروضة : (٣ / ٤٦٨) .

(٦) في (ب) : « قبل ». (٧) في (أ) : « فهو » .

السبب الثالث : التصرية

(وفيه فصلان)

الأول : في حد السبب

قال – عليه السلام – : « لا تصروا الإبلَ ولا [1] الغنمَ ومن اشتراها فهو بخير النَّظرين بعد أن يحلبها ثلاثًا ، إنْ رضيها أمسكها ، وإنْ سَخِطَها ردَّها وردَّ معها صاعًا من التمر » [2] .

ومعنى التَّصرية : أنْ يشدّ أخلاف الناقة ليجتمع فيها اللبنُ فيظنّ المشتري غزارةَ اللبن .

ولو تخلفت [3] الناقةُ بنفسها ففيه وجهان [4] ، مستندهما : أن سبب الخيار فواتُ ظنٍّ استند إلى قرينة حالية حتى ينزله [5] منزلة ظنّ السلامة إذا استند إلى العرف ؟ أو

---

(١) قوله : (ولا) : ليس في (أ) ، (ب) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٢٣) (٣٤) كتاب البيوع (٦٤) باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة (٢١٤٨) ، ومسلم (٣ / ١١٥٥) (٢١) كتاب البيوع (٤) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه » (١٥١٥) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٨) كتاب البيوع – باب « من اشترى مصراةً فكرهها (٣٤٤٣) ، والترمذي بلفظ : « من اشترى مصراة فهو بالخيار إذا حلبها ، إنْ شاء ردّها وردَّ معها صاعًا من تمر » (٣ : ٥٥٣) (١٢) كتاب البيوع (٢٩) باب ما جاء في المصراة (١٢٥١) . والنسائي : (٧ / ٢٥٣) (٤٤) كتاب البيوع (١٤) النهي عن المصراة (٤٤٨٧) ، وابن ماجه بلفظ الترمذي : (٢ / ٧٥٣) (١٢) كتاب التجارات (٤٢) باب بيع المصراة (٢٢٣٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٢ ، ٢٣) حديث رقم : (١١٩٢ ، ١١٩٣) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « تخفلت » ، والمثبت من (ب) .

(٤) قال في الروضة : « لو لم يقصد البائع التصرية ، لكن ترك الحلب ناسيًا ، أو لشغل عرض ، أو تصرَّتْ بنفسها ، ففي ثبوت الخيار وجهان : أحدهما : لا ، وبه قطع الغزالي ، لعدمِ التدليس . وأصحهما عند صاحب « التهذيب » : نعم ؛ لحصول الضرر » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٠) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « ينزل » .

مستنده تغرير العاقد بفعله ونزوله منزلة التزامه حتى ينزل منزلة شرط الغزارة ؟

وكل قائل يتشوف إلى التقريب من أصلٍ متفق عليه ، من خيار العيب أو خيار الحلف ، والأخير أولى .

وقد اختلف الأصحاب فيما لو لَطَّخ ثوب العبد بالمِدَاد مُخَيِّلًا أنه كاتب ، أو صَرَّى ثدي الجارية ، أو حفل الأتان ، أو علف الدابة حتى رَبَا بطنُها وخُيِّل أنها حامل [1] .

ووجه التردد : أن اعتقاد صفة الكتابة بمجرد المداد كاعتقاد الحمل بِكِبَرِ البطن لقصور في / العقل . ٦٨ / أ

وأما الأتان : فلبنها نجسٌ ، وإنْ قُصِدَ لأجل الجحش ، والجارية لا يرى ثديها غالبًا ، فلا يُقصد بها التغرير .

* * *

---

(١) الأصح في كل هذا : أنه لا خيار للمشتري لتقصيره . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧١) .

الفصل الثاني : في حكم السبب

وفيه مسائل ثلاثة [١] :

إحداها : أن الخيار على الفور إنْ عرف التَّصريةَ بعد ثلاثة أيام ، وإن اطَّلع قبله فوجهان ، أفقههما : أنه على الفور .

والتقدير في الحديث محمولٌ على مهلة النظر للمعرفة ، إذ لا يتحقق [عرفانُ] [٢] جريانِ التصرية قبله غالبًا .

الثانية : الواجبُ صاعٌ من التمر ، بدلًا عن اللبن الذي كان في الضرع لدى العقد . فإن قيل : هلّا وجب ردُّ العين ، أو المثل ، أو القيمة ؟ قلنا : [لا] [٣] لأن عين اللبن لا تبقى غالبًا ، وإن بقى فيمزج بأجزاء [٤] اجتمعت [٤] في الضَّرع بعد جريان العقد إلى تمام الحلب ، وإنما لم يُكَلَّف رَدّ المثل ؛ لأن القدر إذا لم يكن معلومًا بمعيار الشرع كانت المقابلة من باب الرِّبا ، وإنما قُدِّرَ بالتمر لا من جنس النقد ؛ لفقدِ النقد غالبًا ؛ ولأن التمر يشارك اللبنَ في المالية ، وكونه قِوتًا ، وهو قريبٌ منه إذ يؤكل معه في بلادهم .

نعم [٥] . ولفهمهم هذا المعنى نصَّ الشافعي – رحمه اللّه – على أنه لو ردَّ الشاة المصراةَ بعيبٍ آخر سوى التَّصْرِية رَدَّ صاعًا من التمر لأجل اللبن [٦] .

نعم . قال قائلون : يجب صاع من التمر أبدًا ، وإن زادت قيمته على قيمة الشاة مثلًا بعيدًا .

ومنهم من قال : إن زادت [٧] على الشاة أو على نصفها : لم توجب كمال الصاع فإنا نعلم أنه – عليه السلام – قدَّر به ؛ لأنه وقع في ذلك الوقت ، قريبًا من قيمة

---

(١) في (ب) : « ثلاث » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « تجتمع » ، وفي (ب) : « آخر تجتمع » .

(٥) كلمة : « نعم » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٦) انظر مختصر المزني : (٢ / ١٨٥) .

(٧) التاء في (زادت) زيادة من (ب) .

اللبن المجتمِع في الضَّرْع ، فعلى هذا يُعَدَّل بالقيمة ، فيقدر [١] قيمة شاة وسط ، وقيمة صاع وسطٍ في أكثر الأحوال .

فإذا قيل : هو عشر الشاة مثلًا ، أوجبنا من التمر ما قيمته عشر الشاة .

الثالثة : لو أخرج بدل التمر زبيبًا ، أو قوتًا آخر ، ففيه [٢] تردد [٣] .

منهم من اتبع التوفيقَ ، ومنهم مَنْ رآه في معناه سواء كما في صدقة الفطر ، وقد ورد في بعض ألفاظ المصراة لفظ الحنطة ، وتردّدوا أيضًا في أن صاعًا من التمر هل يجب في ردِّ الجارية المصراة - إذا رأينا رَدَّهَا [٤] - فَمِنْ صائرٍ إليه تعبدًا ، وممن [٥] قائل : إن لبنها على حاله غير مقصود .

فإن قيل : إذا فات اللبن الكائن في الضرع وهو بعض المعقود عليه فهلَّا خرج رد الشاة دونه [٦] على تفريق الصفقة ؟

قلنا : لا ؛ لأنه لا يُقابله قسطٌ من الثمن على رأي ، فهو في حكم وصفٍ لا يوجب زوالُه عَيْبَ الباقي ، بخلاف العيب الحادث .

وإن قلنا : يقابله قسطٌ من الثمن ، فلا وجه لمخالفة الحديث ، فَلْيُؤَيَّدْ به قولُ جوازِ تفريق الصفقة ، فإنه المختار سيما في الدوام .

* * *

---

(١) في (ب) : « فتقدر » .

(٢) في (ب) : « فيه » .

(٣) قال في الروضة : « وهل يتعينَّ جنسُ التمر وقَدْرُ الصاع ؛ أما الجنس فالأصح : أنه يتعينَّ التمر . فإنْ أعوز ، قال الماوردي : ردّ قيمته بالمدينة . والثاني : لا يتعينَّ . فعلى هذا وجهان . أصحهما : القائم مقامه الأقوات كصدقة الفطر . قال الإمام : ولا يتعدَّى هنا إلى الأقط » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٦٩) .

(٤) والأصح : أنه لا يُردّ بدل اللبن . انظر الروضة : (٣ / ٤٧١) .

(٥) في (ب) : « ومنهم من » .

(٦) في (أ) : « كونه » ، وفي (ب) : « عن كونه » .

القسم الثاني : في مبطلات الخيار ودوافعه

(وهي خمسة)

المانع الأول : شرط البراءة من العيوب

وقد قضى عثمان - رضي اللّه عنه - ببراءة البائع عن كل عيب لم يعلمه دون ما علمه وكتمه [١] .

وكلامُ الشافعي - رضي اللّه عنه - يدل في ابتداءِ الباب على موافقته ، وقال في آخر الباب : لولا أَثَرُ عثمان - رضي اللّه عنه - لكان القياسُ أن يبرأ عن [٢] الجميع أَوْ لا يَبْرأ عن الجميع [٣] .

فقال الأصحاب : كلام الشافعي - رضي اللّه عنه - مُرَدَّدٌ بين ثلاث احتمالات ، فهي ثلاثة أقوال [٤] :

---

(١) قوله : (قضي عثمان - رضي اللّه عنه - ببراءة البائع عن كل عيب لم يعلمه ، دون ما علمه وكتمه) .

وقد رُوي « أن زيد بن ثابت ابتاع من عبد اللّه بن عمر عبدًا بثمان مائة درهم على شرط البراءة ، فوجد بالعبد عيبًا فأراد ردَّه على ابن عمر فلم يقبله ، فتحاكما إلى عثمان بن عفان ، فقال لابن عمر : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فاتقى اليمين واستردّ العبد ، فباعه بألف وستمائة درهم . فقال : تركتُ اليمين للّه فعوضنى » أخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٣٢٧) (١٩) كتاب البيوع باب العيب في الرقيق حديث (١٢٩٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٣٢٨) ، ومعرفة السنن والآثار : (٨ / ١٣٢) كتاب البيوع (٣٥) باب بيع البراءة حديث رقم : (١٣٨٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٤) . حديث رقم : (١١٩٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « من » .

(٣) انظر : الأم : (٢ / ٦٢ ، ٦٣) ، مختصر المزني : (٢ / ١٩٨) .

(٤) قال في الروضة : « إذا باع بشرط أنه بريء من كل عيب بالمبيع ، فهل يصح هذا الشرط ؟ فيه أربع طرق .

أصحها : أنّ المسألة على ثلاثة أقوال . أظهرها : يبرأ في الحيوان عمّا لا يعلمه البائع دون ما يعلمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال .والثاني : يبرأ من كل عيب ، ولا رد بحال . والثالث : لا يبرأ من عيب ما .

والطريق الثاني : القطع بالقول الأول .

=

أحدها : أنه يبرأ ؛ لأن مستند الخيار : أنه ملتزمٌ للسلامة بمطلق العقد عُرْفًا وقدرًا (١) ، وقد انتفى موجب الإطلاق بالتصريح .

ومنهم مَنْ علَّل ذلك بالحاجة لخفاء العيوب حتى خصّص فريقٌ بالحيوان لكثرة عيوبه ، وقطعوا (٢) في غيره ببطلان الشرط ومنهم من سوَّى .

والثاني : أنه لا يبرأ ؛ لأن هذا خيارٌ ثبت شرعًا فلا ينتفي شرطًا ، ولأنه إبراء عن مجهولٍ لا يُدرى . وعلى العلتين انبنى خلافٌ فيما إذا عَيَّنَ عيبًا وأبرأ عنه .

والثالث : أنه يبرأ عَمّا لم يعلمْه ؛ لأن الحاجةَ متحققةٌ فيه دون ما كَتَمَه . واختلفوا على هذا في أن ما تيسر الاطلاعُ عليه هل يُلْحق بما عَلِمَه لتقصيره في عدم البحث ؟

واختلفوا في أنّ قول صحة الشرط ، هل يجري في عيب يحدث بعد العقد وقبل القبض ، من حيث إنه بعدُ لم يوجد سَبَبُه ، ثم مهما فسد هذا الشرط ففي فساد العقد [به] (٣) قولان (٤) ، نَبَّهْنَا عليهما فيما قَبْلُ .

المانع الثاني من الردّ : التقصير .

وذلك بالتأخير والانتفاع .

فإن كان العاقد حاضرًا : فليردّ عليه ، كما اطلع (٥ على العيب ٥) في الحال .

= والطريق الثالث : يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم ، وفي غير المعلوم قولان .

والطريق الرابع : فيه ثلاثةُ أقوال في الحيوان وغيره . ثالثها : الفرق بين المعلوم وغيره .

ولو قال : بعتك بشرط ألا تَرُدّ بالعيب ، جَرَى فيه هذا الخلافُ » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٢ ، ٤٧٣) .

(١) كلمة : « وقدرًا » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وفَرّقوا » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) قال في الروضة : « إن بطل هذا الشرط لم يبطل به البيع على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « عليه » .

وإن [١] كان غائبًا : فَلْيُشْهِدْ على الردِّ اثنين ، فإن عجز فَلْيحضر مجلسَ القاضي مبادرًا ولْيُخْبِره [٢] بالردّ .

فإنْ رفع إلى القاضي – والخصم حاضرٌ – فمقصرٌ [٣] .

وإن كان الشهودُ حضورًا فرفع إلى القاضي فوجهان ، إذ في الرفع إلى القاضي مزيدُ تأكيدٍ .

ولو كان المعيب دابةً فركبها في طريقه إلى القاضي ، أو عبدًا فاستخدمه بَطَل حقُّه ، وكذلك إنْ حمَّل الدابة إكافًا أو سرجًا فليحطمها كما عَثَرَ على العيب ولا يجب حَلُّ العذار فهو في محلّ التسامح [٤] ، وكذلك لو عَسِرَ سَوْقُ الدابة وقَوْدُها : جاز الركوب ، وعلى الجملة مُدْرَكُ التقصير العُرْفُ ، وذلك ظاهر .

فرع :

إذا بطل حقّه بالتقصير فلا أَرْش له ، بخلاف ما لو تعذّر الرد بسبب ، / ولكن ٦٨ / ب لو تراضيا على الأرش مع إمكان الرد (٥ ففيه وجهان ٥) ؛ أحدهما : أنّ ذلك جائزٌ ، إذ الحقُّ لا يَعْدُوهما . والثاني : لا [٦] ؛ إذ لا تقابل سلطنته الخيار بعوضٍ ، وما فات بالعيب قوبل بغرامة عند عُسْرِ الردّ لضرورة العجز عن تدارك الحقّ بطريق أقرب منه ، والمعنى بالأرش حيث نوجب أن يُعرف قدر النقصان بسبب العيب وينسب إلى تمام القيمة ، فإن كان عشر القيمة رجع إلى عشر الثمن ، والقيمةُ معتبرةٌ لمعرفةِ النسبة لا لإيجاب عينها .

المانع الثالث : هلاكُ المعقود عليه .

حِسيًّا [٧] بالتلف ، أو حكمًا بالعتق والاستيلاد ، فإذا اطَّلع بعد الفوات فلا رَدَّ ، إذ

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) الهاء في (وليخبره) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « مقصر » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « المسامحة » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فوجهان » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٨٠) .

(٧) في (ب) : « حسًّا » .

لا مردودَ ، وتعيّن الحقّ في الأرش وهو جزء من الثمن كما سبق ، وهل يبرأ عن ذلك الجزء من الثمن بمجرد الاطلاع ، أم يتوقف على طلبه ؟ فيه تردد [1] .

ومَيْلُ القاضي إلى أنه لا يتوقف على الطّلب ، بخلاف ما لو قَدَر على الردّ فإنّ الفسخ لا يحصل دون طلبه . ومن الأصحاب مَنْ قال : كما بقي له طريقُ الرضا بالمعيب بكل الثمن مع البقاء يبقى له ذلك بعد الفوات فلابدَّ من الطلب .

فإن قيل : لو كان قد استوفى الثمن ، وطلب المشتري الأرشَ ، فهل يتعيّن حقُّه في عَيْنِ الثمن ، أم يجوز للبائع الإبدال [2] ؟ [3]

قلنا : فيه ترددٌ للأصحاب ؛ إذ يحتمل أن يُقال : المعيب [4] في مقابلة كل الثمن إن رضي [به] [5] ، وإلا فهو في مقابلة بعضِه فَيَخْرُج ذلك البعضُ عن المقابلة وتعيّن لاستحقاقه ، وهو ظاهرُ كلام الأصحاب ، وكأن المقابلة تغيَّرت [6] . ولكن جوّز ذلك مهما [7] استند إلى سبب في أصل العقد ، وإن كان لا يجوز ذلك بالتراضي عند إلحاق زيادة بالثمن [8] بعد اللزوم .

ويُحتمل أن يُقال : هذه غرامة ، وكأن البائع جعل معيبًا لملك المشتري ، إذ العقد الواحدُ لا يَقْتضي مقابلتين في حالتين ، ويَشْهد له أنّ مشتري الجارية بعبدٍ معيبٍ يَعلم عيبَه يستحل وطأها ولو كان جزء منه [9] لغرض العود [9] إلى بائع الجارية ، لو اطَّلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة وهذه المباحثة من دقيق الفقه ، فَلْتفهم .

---

(١) الأصح : أنه يتوقف على طلبه . انظر الروضة : (٣ / ٤٧٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إبداله » .

(٣) الأصح : أنه يتعين حقه في عين الثمن . انظر الروضة : (٣ / ٤٧٤) .

(٤) في (أ) : « المعيب ، المنع » ، وفي (ب) : « المنع » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « تعرف » .

(٧) في (أ) ، (ب) : « فما » .

(٨) في (ب) : « في الثمن » .

(٩) في (أ) ، (ب) : « بغرض الرد » .

فرع :

لو تلف أحدُ العوضين في بيع [١] العبد بالجارية [١] ، فمن وجد عيبًا بالقائم ردَّه ، ورجع إلى قيمة [٢] المعوض الفائت [٢] اعتمادًا في الرد على قيام المردود .

ولو اشترى عبدين فتلف [٣] أحدُهما ، وقلنا : يمتنع إفرادُ أحدِ العبدين بالرد لتفريق الصفقة رجع بالأرش ، والقيمةُ المعرفة لنسبة الأرش - حيث يرجع إلى الأرش - قيمةُ يوم العقد ، أو قيمة يوم القبض ؟ فيه [٤] ثلاثة أقوال [٥] :

أحدها : يوم العقد ؛ فإنه يوم الاستحقاق .

والثاني : يوم القبض ؛ لأنه يوم الضمان .

والثالث : أقلّ القيمتين ؛ نظرًا [٦] لجانب المشتري .

* * *

المانع الرابع : زوال الملك عن المبيع .

يمنعه من الردّ في الحال ، فلو عاد إليه ، بأنْ باع [٧] فردّ إليه [٧] بالعيب ، فله الرد على الأول : لأن العائد هو الملك الأول .

وإن عاد إليه ببيعٍ مُسْتأنف فإنّ ردّ على الأخير [٨] حتى إذا رد عليه رد على الأول :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الجارية بالعبد » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « العوض التالف » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « وتلف » .

(٤) في الأصل : « لأنه » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة : « وأما القيمة المعتبرة ، فالمذهب : أنه تعتبر أقل القيمتين من يوم البيع ويوم القبض . وبهذا قطع الأكثرون . وقيل : فيها أقوال : أظهرها : هذا . والثاني : يوم القبض . والثالث : يوم البيع » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٤) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « إلى » .

(٧) في (أ) : « ورُد عليه » .

(٨) في (أ) : ، (ب) : « الآخر » .

جاز ، وإن ابتدأ بالأول وردّ عليه فوجهان ، وكذلك لو عاد إليه بهبة فوجهان مرتبان ؛ وأولى بالجواز ؛ إذ في البيع قدر على الردّ على الثاني حتى يرد على الأول بعد العود إليه بالرد .

ومنشأ الوجهين : أن الزائل العائد كالذي لم يزل ؟ أو كالذي لم يَعُدْ ، ويجري ذلك في رجوع شطر الصداق بالطلاق ، وفي رجوع البائع إلى السلعة بعد إفلاس المشتري بالثمن . فمن قائل : رد ما اشترى كما اشترى . ومن قائل : ليس هذا الملك الذي ينقصه ما استفاده منه ، بل استفاده (١) بالهبة ، وإنما ذلك الملك قد زال ولم يَعُدْ ؛ فصار كما إذا فات (٢) ، ثم إذا منعناه من الرد ثبت له الأرش ، وإن كان [ذلك] (٣) في ملك الغير وامتنع الرد في الحال (٤) ، ولكن قلنا : لو عاد لقدر على الردّ ، ففي جواز المطالبة بالأرش في الحال لوقوع الحيلولة وجهان يقربان من القولين في شهود الأموال (٥) إذا رجعوا لأن الحيلولةَ واقعةٌ في المسألتين ، وتوقُّعُ الوصولِ إلى أصل الحق مَرْجُوٌّ فيهما ، والأصحُّ : جوازُ طلب البدل في الحال (٦) .

فرعان :

أحدهما : لو رضي المشتري الثاني بالعيب ، فالأصح (٧) أنّ للأول المطالبة

---

(١) في (أ) ، (ب) : « استنفاد » .   (٢) في (أ) : « تلف » .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في الأصل : « للحال » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « المال » .

(٦) ذكر في الروضة أنهما قولان وأن المشهور فيهما : عدمُ المطالبة بالأرش في الحال . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٣٧٥) .

(٧) قال في الروضة : « ولو كانت المسألةُ بحالها ، وتلف المبيع في يد المشتري الثاني ؛ أو كان عبدًا فأعتقه ، ثم ظهر العيبُ القديم ، رجع المشتري الثاني بالأرش على المشتري الأول ، والأولُ بالأرش على بائعه بلا خلاف ؛ لحصول اليأس من الردّ ، لكن هل يرجع على بائعه قبل أنْ يغرم لمشتريه ؟ وجهان بناءً على المعنيين . إن عللنا باستدراك الظلامة لم يرجع ما لم يغرم ، وإن عللنا بالثاني رجع . ويجري الوجهان فيما لو أبرأه الثاني ، هل يرجع هو على بائعه ؟ » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٧٦) .

بالأرش ، فإن تبرع غيره عليه لا يلزمه التبرع على غيره .

الثاني : إذا كان عوض المردود خارجًا عن الملك وعائدًا ، فالأصح : أن ذلك لا يَضُرّ وجهًا واحدًا ؛ لأنّ عود ذلك يجري قهرًا فيرجع إلى عينه ، ولأنه لو تلف لرجع إلى قيمته [1] جبرًا له ، والآن هو بعينه قائم فهو أولى بأنْ يكون جائزًا .

* * *

المانع الخامس : العيب الحادث .

يمنع [2] من الردّ بالعيب القديم ؛ لأن جانبَ البائع - أيضًا - يُصَان عن الضرر [3] الحادث ، كما صِينَ جانبُ المشتري عن القديم ، فمسلكُ التدارك أن يَضمَّ [المشتري] [4] أرشَ العيبِ الحادث إليه ويرد ، أو يغرم البائعُ أرش العيب القديم حتى لا يردّ . فإن اتفقا على أحد المسلكين فذاك ، وإن تنازعا في التعيين ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أن البائع متبوعٌ ؛ لأن الأصل ألا يلحقه / درك [أصلًا] [5] إلا إذا لم يتضرَّرْ . ٦٩ / أ

والثاني : المشتري متبوعٌ ؛ لأن الأصل أنّ تمام الثمن لا يلزمه إلا بمبيعٍ سليم .

والثالث : أن [6] مَنْ يدعو إلى أرش العيب القديم أولى [7] ، لأن استرداده يَسْتند إلى أصل العقد ، أما ملك الأرش عن العيب الحادث فجديدٌ لا مَدْخَلَ له في العقد .

فإن قيل : لو زال العيب الحادث بعد أخذ الأرش [عن] [8] القديم ، هل يعود حقُّه في الرد ؟

---

(١) في (أ) ، (ب) : « القيمة » .

(٢) كلمة : « يمنع » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « ضرر » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : « أن » : ليس في (أ) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٨٢) .

(٨) زيادة من (أ) .

قلنا : فيه وجهان ، أحدهما : بلى ، إذ الأرشُ مأخوذة للحيلولة الناجزة .

والثاني : لا [١] ، لوقوعِ الرضا بالعيب . فإن لم يقبض بعد ولكنْ قضى القاضي بالأرش فوجهان مرتبان ، وأولى بأن يعود الحق .

أما إذا لم يَطَّلِعْ حتى زال [٢] العيبُ الحادث : فالمذهب جواز الرد بالعيب القديم .

هذا إذا لم يكن للعيب الحادث أَمَدٌ يُنْتظر زوالُه .

فإن كان له أمدٌ كعِدّة الوطء بالشبهة إذا طرأت [٣] على الجارية ، فإنه عيب . فلو اطَّلع على العيب [٤] ولم يردّ في الحال منتظرًا زوالَه ، ففيه وجهان [٥] :

أحدهما : أنه يبطل حقه إذ قدر على طلب الأرش .

والثاني : لا ، لكونه معذورًا في الانتظار .

فروع ثلاثة :

أحدها : لو أَنْعَل الدابةَ ، ثم اطَّلع على العيب فلينزع النعل وليردّه إن كان لا يتعيَّب بالنزع ، وليس يلزم البائعَ قبولُ النعل ، وإن كان يعيبه [٦] فله الردّ . وعلى البائع

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٨٢) .

(٢) في (ب) : « زوال »

(٣) في الأصل : « طرت » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « عيب » .

(٥) قال في الروضة : « وما ذكرناه من إعلام المشتري البائعَ يكون على الفور . فإنْ أخره بلا عذرٍ بطل حقُّه من الردّ والأرش ، إلا أن يكون العيبُ الحادثُ قريبَ الزوال غالبًا ، كالرمد والحمى ، فلا يُعتبَر الفور على أحد القولين ، بل له انتظار زواله ، ليرُده سليمًا عن العيب الحادث » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٢) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « يعيبها » .

(١ قبولُ النعل ١) فإنه تابع . ولو قال المشتري : لا أسمح بالنعل وأطلب الأرش : لم يكن له (٢) ذلك ، فإنه كالمُحْتَقر في مؤنة الرد .

نعم (٣) ، تردّد الأصحابُ في أن ذلك إعراضٌ عن النعل أو تمليكٌ ، حتى لو سقط فهو للبائع أو للمشتري ؟ وهو محتمل (٤) . أما إذا صَبَغَ الثوبَ وزادت قيمتُه : فله الردّ بالعيب القديم إن لم يطلب قيمةَ الصبغ ، وليس للبائع الامتناع .

وإن طلب قيمةَ الصبغ فهل يجب على البائع ذلك مع رَدِّ الثمن ؟ وجهان (٥) ، والفرق : أنّ النعل تابعٌ والصبغ مقصود [و] (٦) لا يسمح به .

فإن قلنا : لا نُكلّفه قيمته فهو كعيبٍ حادث ، فتعود الأوجه الثلاثة (٧) في أنّ تمليكَ أرش عيبٍ (٨) حادثٍ أولى ، أم غرْم أرش العيب القديم ؟

ولم يذهب أحدٌ إلى أنّ المشتري يبقى شريكًا بالصَّبغ (٩) ؛ لأن المشتري يتضرَّرُ بذلك ، بخلاف الغاصب إذا صبغ فإنا نُبقيه شريكًا ولا نلتفت إلى تضرره ؛ لعدوانِه .

---

(١) في (ب) : « القبول قبول النعل » .

(٢) في الأصل : « صح » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « ثم » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) قال في الروضة : « ثم ترك النعل ، هل هو تمليك من المشتري ، فيكون للبائع لو سقط ، أم إعراض فيكون للمشتري ؟ وجهان . أشبههما : الثاني » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٥) .

(٥) أصح هذين الوجهين : أنه لا يجب ، لكن يأخذ المشتري الأرش . انظر الروضة (٣ / ٤٨٦) .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (ب) : « الثلاث » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « شيء » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (ب) : « في الصبغ » .

أما إذا اشترى رجلان عبدين : ففي انفرادِ أحدِهما بردِّ نصيبه قولان [1] :

ووجه المنع : تفريق الصفقة إن قلنا : إنها تتَّحد مع [2] تَعدد المشتري ، أو عيب التبعيض على البائع إذا عاد إليه النصف ، وإذا عللنا بهذا جوَّزنا الردّ فيما لا ينقصه التبعيض .

والمقصود : أنا لو منعناه [3] من الإفراد فاشترى نصيبَ شريكه وأخذ بردّ الكلّ دافعًا عنه ضَرَرَ التبعيض ويطالب بقيمة النصف ، فهل يجبر البائع عليه ؟ فيه وجهان [4] كما في الصَّبْغ .

الثاني : اشترى حُلِيًّا وزنُه ألفُ درهم بألف حدث [5] به عيب انكسار واطَّلع على عيب قديم ، فلو ضَمَّ إليه أرش العيب الحادث لاستردّ ألفًا وَرَدَّ ما يزيد عليه ، وهو عَيْنُ الرِّبَا .

ولو كلَّف البائع أرش [العيب] [6] القديم : لصار الألف بعد حطِّ الأرش في مقابلة الألف فهو ربًا . فقال ابن سريج : هذا عقد تعذَّر إمضاؤه فينفسخ ويستردّ الثمن ولا تُرَد الحُلي ، بل يغرم [7] قيمته غير معيبٍ بالعيب الحادث بالذهب إن كان الحُلِيّ من الفضة ،

---

(١) قال في الروضة : « لو اشترى رجلان ، عبدين من رجلين ، فقد اشترى كل واحدٍ ربعَ عبدٍ ، فلكل واحد رَدُّ جميعِ ما اشتري من كل واحد عليه . ولو ردّ ربع أحد العبدين وحده ففيه قولا تفريق الصفقة » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٩) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « بعد » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (ب) : « منعنا » .

(٤) قال في الروضة : « قال الإمام : إن حصل اليأس من إمكان رَدّ نصيب الآخر ، بأن أعتقه وهو مُعْسِر ، فله أَخْذُ الأرش ، وإلا نظر ، فإنْ رضي صاحبه بالعيب بُني على أنه لو اشترى نصيبَ صاحبه وضَمَّه إلى نصيبه ، وأراد الكل والرجوع بنصف الثمن ، هل يُجبر على قبوله كما في مسألة النعل ؟ وفيه وجهان :

إن قلنا لا : أخذ الأرش . وإن قلنا : نعم ، فكذلك على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٩) .

(٥) في (أ) : « فحدث » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل : « يلزم » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

أو بالفضة إن كان من الذهب فرارًا من ربا الفَضْل [١] .

وهذا يُستمد مما نفرد من أنّ الأرش يتعينَّ في الثمن ويتعينَّ المقابلة بأخذه .

وقال صاحبُ التقريب : بل يغرم البائع أرش العيب القديم ، فإنّ ذلك الأرش غرم في مقابلة العيب وكأن البائع هو المعيب ، وهذا إشارة إلى أنه لا يتعينّ في الثمن .

وقال العراقيون : بل يغرم المشتري أرش [العيب] [٢] الحادث ويرد ، ولا مقابلةَ إلا بين الثمن والحلي وهما متوازيان ، وهذه غرامة عيب حدث في يد المشتري مضمونًا .

وهذا أيضًا بعيدٌ ؛ لأن الأرش كالبدل عن ذلك الجزء من المعقود عليه الذي فات بالعيب حتى يردّ الفسخ عليه فتتناوله المقابلة فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الأرشين ، وأنه غرم مبتدأ ؟ أم هو من مقابلة المعقود عليه ؟ والمشهور ما أشار إليه ابن سريج فيهما جميعًا .

الثالث : إذا قَوَّرَ البطيخ ، وكسر الجوز والرمان والبيض واطَّلع على عيب باطن ، فإن زاد في الكسر على [٣] حاجة المعرفة [٣] : فعيبٌ حادث ، وإن اقتصر فثلاثة أوجه :

أحدها : [أنه] [٤] عيبٌ حادث ، وهو ظاهر [النص] [٥] .

---

(١) قال في الروضة : « إذا اشترى حُليًا من ذهب أو فضة وزنُه مائةٌ مثلًا ، بمائة من جنسه ، ثم اطلع على عيبٍ قديم ، وقد حدث عنده عيبٌ ، فأوجه :

أصحها عند الأكثرين : يُفْسخ البيع ، ويُرد الحُليّ مع أرش النقص الحادث ولا يلزم الربا ؛ لأن المقابلة بين الحُليّ والثمن ، وهما متماثلان . والعيبُ الحادث مضمونٌ عليه ، كعيب المأخوذ على جهة السوم ، فعليه غرامته .

والثاني – وهو قول ابن سريج – : أنه يُفسخ العقد ، لتعذُّر إمضائه ولا يرد الحُليّ على البائع ، لتعذُّر رَدِّه مع الأرش ودونه ، فَيُجْعل كالتالف ، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيبًا بالعيب القديم ، سليمًا عن الحادث . واختار الغزالي هذا الوجه ، وضعَّفهُ الإمام وغيره .

والثالث – وهو قول صاحب « التقريب » ، والداركي ، واختاره الإمامُ وغيره – : أنه يرجع بأرش العيب القديم ، كسائر الصور » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٤) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) . (٣) في الأصل : « الحاجة المعروفة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) . (٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

والثاني : أنه يرد من غير أرش ، إذ يستحيل أن يبطل ردّه بطريق الاطّلاع ، والاطّلاع سببُ الرد .

والثالث – وهو الأعدل – : أنّ استقلالَه بالردّ لا يبطل ، ولكن يضم أرش الكسر حتى لا يتضرر البائع أيضًا [١] .

أما إذا لم يَبْقَ له بعد الكسر قيمةٌ كالبيضة المَذِرَة : قال الشافعي – رضي الله عنه – يسترد كمال الثمن [٢] .

فقال الأصحاب : معناه : أنه يستردّ أرش النقصان ، ولكن أرش النقصان كمال الثمن إذا لم يَبْقَ له قيمة ، وفائدتُه : أن القشرة تبقى مختصة بالمشتري / [٣] فتبقي الطريق عنهما [٣] . ٦٩ / ب

والوجه [٤] أن يُقال : تبيَّنَ أنّ العقدَ باطلٌ ؛ إذ ورد على غير متموّل وهو [٥] تأويل كلام الشافعي – رضي اللّه عنه – ، والقشرة مختصة بالبائع ، فإن فرض له قيمة قبل الكسر للنقش ولعب الصبيان ، فقد بطلت الماليةُ الآن .

فإن قُلنا : إنّ طريق الاطلاع من عُهدة البائع حتى لا يجب به أرش ، فها هنا أيضًا ينقدح معه استرداد [٦] تمام الثمن ، ويُجعل كأنه لم يَشْتَرِ إلا ما بقي بعد الاطّلاع .

وإن جُعل ذلك من ضمان المشتري : فلا ينقدح معه استرداد تمام الثمن .

* * *

هذا تمام القول في لزوم العقد وجوازه ، واختتامُ القسمِ بثلاثة فصول .

* * *

---

(١) ذكر في الروضة أنهما قولان ، وأن أظهرهما : أنه لا يغرم أرش الكسر . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٧) .

(٢) انظر : الأم : (٣ / ٥٨) ، روضة الطالبين : (٣ / ٤٨٦) ، المجموع : (١١ / ٤٩٩) .

(٣) في (أ) : « عنها » ، وفي (ب) : « فينحيها عن الطريق » .

(٤) في (ب) : « فالوجه » .

(٥) في (ب) : « فهو » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أن يسترد » .

الفصل الأول : في حقيقة الردّ والفسخ

وهو عندنا : رَفْعُ العقد من وقته ، ولذلك لم يمتنع الردّ بالعيب بالزوائد المنفصلة ، ولا بوطء الثَّيِّب .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : هو رَفْعٌ للعقد من أصله ، ولأجله خالف في وطء الثيب ، والزوائد [المنفصلة] [١] .

أما الفسخ قبل القبض ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رفع من أصله ؛ لأن العقد بَعْدُ ضعيف لم يتكامل ، وعلى هذا نقول : الزوائد الحاصلة قبل القبض تنقلب بالفسخ إلى البائع .

والثاني : أنه رفع من وقته ، كما بعد القبض [٢] ؛ وعلى هذا فالزوائد تبقى للمشتري .

فإن قلنا : تنقلب بالفسخ إلى البائع فله حَبْسُ الزوائد للثمن ؛ إذا قُلنا : له حبس المبيع ؛ لأنه يتوقع التعلق به .

وإن قلنا : تُسَلَّم للمشتري ، فليس [له] [٣] فيه [٤] حق الحبس .

فإن قيل : وما وجه رجوع الزوائد إلى ملك البائع ، وقد حدثت في ملك المشتري كما بعد القبض ؟

قلنا : لأجله قال فريقٌ : لا يرجع إليه . والقائل الآخر يتعلّق بما رُوِيَ أنه – عليه السلام – سُئِلَ عن غلَّة المبيع تُسَلَّم للمشتري بعد الفسخ وبعد القبض ، فقال : « الخَرَاجُ بالضمان » [٥] أي هو على خطر الضمان ....

(١) زيادة من (أ) .
(٢) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر الروضة : (٣ / ٤٩١) .
(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٤) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .
(٥) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٨٢ ، ٢٨٣) كتاب البيوع باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا (٣٥٠٨ ، ٣٥٠٩ ، ٣٥١٠) ، والترمذي : (٣ / ٥٨١ ، ٥٨٢) (١٢) كتاب البيوع (٥٣) باب ما جاء فيمن يَشْتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا (١٢٨٥ ، ١٢٨٦) ، والنسائي : (٧ / ٢٥٤ ، =

بالقبض (1) فالغُنْمُ بالغُرْمِ (1) ، ومفهومُه : أنه لا يُسَلّم قبل القبض له .

والقائل الأول يتبع القياس ، ويقول : ذلك علة لمنع الرجوع ، ذكره لقطع استبعاد السائل ، وقبل القبض لا يرجع لعلة أخرى وهو أنه حدث من ملكه ، والحكم قد يُعَلَّلُ بعلتين .

* * *

= ٢٥٥) (٤٤) كتاب البيوع (١٥) باب الخراج بالضمان (٤٤٩٠) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٥٣ ، ٧٥٤) . (١٢) كتاب التجارات (٤٣) باب الخراج بالضمان (٢٢٤٣) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٢٣) . حديث رقم (١١٩٦) .

(١) في (ب) : « فالغُرْمُ بالغُنْم » .

الفصل الثاني : في حقيقة الإقالة

وفيه قولان :

الجديد : أنه [١] فسخ [٢] ؛ لأن اللفظ يُنبئ عنه ، ولأنه [٣] جائز قبل القبض ، وفي المُسلم فيه والبيع لا يجوز .

والقديم : أنه بيع جديد ، وليس له وجه ، وإن تَكلَّفْنَا له تقريرًا في كتاب البسيط في المذهب .

فرع :

لو كان المبيع تالفًا ففي جواز الإقالة على الجديد وجهان :

أحدهما : المنع ؛ كالرد بالعيب ، فإنه يمتنع بعد الفوات . والثاني : الجواز [٤] ؛ (٥ فإن العقد معتمد الفسخ ٥) وهو قائم ، والرد يعتمد المردودَ وهو هالك .

فإن كان الهالكُ أحدَ العبدين : ففي جواز الإقالة وجهان مُرتَّبان ، وأولى بالجواز ، إذ القائم يستتبع الهالك وإن كانا قائمين ، فأراد إفرادَ أحدِهما بالفسخ فَلْيلتفت على تفريق الصفقة .

والمذهب جوازُه ، لا سيَّما في الدوام .

* * *

---

(١) في (أ) : « أنها » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٤٩٥) . وانظر : الأم (٣ / ٦٧) .

(٣) في (أ) : « لأنها » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٤٩٥) .

(٥) في (أ) : « لأن الفسخ معتمد العقد » .

الفصل الثالث : في النزاع في الرد بالعيب

فإذا قال المشتري : هذا العيبُ قديمٌ ، وقال البائع : بل [١] هو حادث ، فالقولُ قولُ البائع ؛ لأن الأصل السلامةُ ولزومُ العقد .

فلو حلف ثم جرى الفسخُ بعده بتحالفٍ فأخذ يُطالب المشتري بأرشه ، وزعم أني أَثْبَتُّ حدوثَه بيميني ، لم نُمكِّنه ؛ لأن يمينَه صَلَحت للدفع عنه ، فلا [٢] يصلح لشغلِ ذمةِ المشتري ، بل للمشتري أن يحلف الآن على أنه ليس بحادث .

ثم قال الشافعي – رضي اللّه عنه – : يحلف أنّي بعتُه وما به عيبٌ [٣] ، فقال المزني : بل يزيد ويقول : بعته وأقبضته وما به عيب ، فقال الأصحاب [٤] [٥] : أراد الشافعي – رضي اللّه عنه – [٦] ما إذا لم يَدّعِ المشتري إلا عيبًا قبل العبد فيكفيه يمينٌ على مطابقة ضدّ الدعوى .

قال ابنُ أبي ليلي : كيف يحلف على البتِّ ما به عيبٌ ، فلعلّه كان ولم يَعْرفه ، فَلْيحلف على نَفْيِ العلم .

قال الأصحاب : بل يحلف على البَتِّ ، كما قال الشافعي – رحمه اللّه – كما يشهد على الملك والإعسار ونفي وارثٍ سوى الحاضر ، وكل ذلك على النفي يُعْرَف بطولِ الخبرة بل أَمْرُ اليمين أسهلُ ؛ ولذلك ثبت الحلف على اعتماد خَطِّ أبيه فلا يَشْهد به .

فإذا [٧] لم يَعْرف عيبًا جاز له أن يطلق اليمين لأجل الحاجة .

فرع :

لو توافقا على وجودِ بياضين بالعبد ، أحدُهما قديمٌ والآخرُ حادثٌ وقد زالَ أحدُهما وتنازعا في أن الزائل هو القديم ، أو الحادث ؟ فدعواهما على التعارض ، والقول قولُ البائع ؛ لأن الأصلَ هو اللزوم .

---

(١) قوله : « بل » : ليس في (أ) .
(٢) في (أ) : « ولا » .
(٣) انظر : الأم : (٣ / ٦٣) ، مختصر المزني : (٢ / ١٩٠) .
(٤) زيادة من (ب) .
(٥) انظر مختصر المزني : (٢/ ١٩٠، ١٩١) .
(٦) قوله : « رضي اللّه عنه » : ليس في (أ) .
(٧) في (ب) : « فإن » .

القسم الثالث من [1] كتاب البيع [1]
في حكمه قبل القبض وبعده

والنظر في القبض يتعلّق بثمرته وحكمِه ، ثم بصورته وكيفيتِه ، ثم بصفتهِ في الوجوب ، والإجبار عليه

---

(١) في الأصل و (ب) : « الكتاب » ، وما أثبتناه من (أ) .

النظر الأول

في ثمرته وحكمه

(وله حكمان)

الحكم الأول : نقل [1] الضمان

إذ المبيعُ عندنا وعند أبي حنيفة - رحمه اللّه - في ضمان البائع قبل القبض ، على معنى أنه ينفسخ العقدُ بتلفه ويَسْتردّ الثمن .

وقال أبو ثور : هو من ضمان المشتري بمجرد العقد ، وإليه ذهب مالكٌ - رحمه اللّه - ولكن فيما / يُشترى جزافًا لا تقديرًا [2] . أ/٧٠

هذا إذا تلفَ بآفةٍ سماوية . فإن أتلفه المشتري فهو قبضٌ من جهته مُقَرِّرٌ للعقد

---

(١) في (أ) : « لو نقل » .

(٢) **مذهب الشافعية :**

أنّ المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض ، فهو قبل القبض من ضمان البائع ، وهذا معناه أنه لو هلك المبيع قبل القبض انفسخ العقد وسقط الثمن ، وهو مذهبُ الحنفية .

ومذهب المالكية :

أنّ الضمان ينتقل إلى المشتري بالعقد نفسه في كل بيع ، إلا في خمسة مواضع :

الأول بيع الغائب على الصفة ففيه خلاف . والثاني ما بيع على الخيار . والثالث : ما بِيع من الثمار قبل كمال طيبها . والرابع : ما فيه حقّ توفية من كيلٍ أو وزن ، أو عددٍ بخلاف الجزاف ، فإن هلك المكيل أو الموزون بعد امتلاء الكيل واستواء الميزان وقبل التفريغ في وعاء المشتري ، فاختُلف هلَ يضْمنه البائع أو المشتري ؟ والخامس : البيع الفاسد ، فالضمان فيه على البائع حتى يقبضه المشتري . انظر التنبيه : (٦٢) ، روضة الطالبين : (٣ / ٥٠١) ، القوانين الفقهية : (٢٥٢) .

وإن أتلفه أجنبيٌّ ؛ فطريقان :

قطع العراقيون بأنه لا ينفسخ ؛ لأن المالية باقيةٌ ببقاء القيمة .

وقال المراوزة : قولان [1] [2] ، ووجهُ الانفساخ : أن متعلقَ العقدِ العينُ وقد فاتَتْ [3] ، فإن قلنا : لا ينفسخ فالبائعُ هل يَحْبِس القيمة لتسليمِ الثمن ، كما يحبس المرتهن [4] قيمةَ المرهون [5] ؟ أم يُقال : هذا حقٌّ ضعيف ولا يَسْرِي إلى البدل ؟ فيه [6] وجهان [7] .

فلو أثبتنا له حَبْسَ القيمة ففي الانفساخ بتلف القيمة أيضًا [8] وجهان [9] . أما

---

(١) قال الحموي : « قوله : فإن أتلف المبيع أجنبي فطريقان ، قطع العراقيون بأنه لا ينفسخ لأن المالية تبقى ببقاء القيمة ، وقالت المراوزة : فيه قولان مشهوران .

قلت : العراقيون المنقول عندهم أن العقد لا ينفسخ على الصحيح ، وأما الخراسانيون فالمشهور عندهم أنه لا ينفسخ قولًا واحدًا .

قال المصنف : وما ذكره متناقض .

قلت : مراده بكونه لا ينفسخ على المذهب المقطوع به في الفتيا عندهم دون نَفي الخلاف عندهم كما لا يخفى ، وما ذكره الخراسانيون محمول على أن المشهور عندهم فيه الانفساخ ، وذلك صالح كما لا يخفى .

(٢) قال في الروضة : « القسم الثاني : أن يتلفه أجنبي ، فطريقان : أصحهما : على قولين ، أحدهما : أنه كالتلف بآفة سماوية ، لِتَعذُّرِ التسليم . وأظهرهما : أنه لا ينفسخ ، بل للمشتري الخيارُ ، إنْ شاء فسخ واستردَّ الثمن ، ويغرم الأجنبيّ للبائع ، وإن شاء أجاز وغرم الأجنبي .

والطريق الثاني : القطع بالقول الثاني ، قاله ابن سريج » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٠٢) .

(٣) في (أ) : « فات » .

(٤) في الأصل ونسخة (أ) : « الراهن » ، والمثبت من (ب) .

(٥) في (ب) : « الرهن » .

(٦) في (ب) : « ففيه » .

(٧) أصح هذين الوجهين : أنه ليس للبائع حَبْسُ القيمة لأخذِ الثمن . انظر الروضة (٣ / ٥٠٢) .

(٨) كلمة « أيضًا » : ليست في (أ) .

(٩) أصح هذين الوجهين : أنه لا ينفسخ البيع بتلف القيمة . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٢) .

إتلاف البائع : فمنهم مَنْ نَزَّله منزلةَ إتلاف الأجنبي لأنه متعرض للقيمة ، وها هنا يبعد إثباتُ الحبس له من القيمة ، وهو المعتدي بالإتلاف ، ومنهم مَنْ قال : هو كالآفة السَّماوية ، إذ هو عاقدٌ فلا يتعرض لضمان الأجانب ؛ ولذلك لم نُطالب المرضعة بمهر المثل مطالبة الأجنبية ، إذا فوتت النكاحَ بالرضاع [1] .

[فإن قيل : فلو [2] فات بعضُ المعقود عليه ؟ قُلنا : ينفسخ في ذلك القدر ، وفي الباقي قَولا تفريقِ الصفقة] [3] .

فإن قيل : فلو نقصت صفةٌ بالعيب قبل القبض ؟

قُلنا : فائدتُه إثبات الخيار ، فإن أجاز يُخيّر بكلّ الثمن ولا يُطالب بأرشٍ أصلًا ، إلا إذا كان بجناية أجنبي فيطالب الأجنبي بالأرش إن أجاز [4] ، وإن فسخ فالبائعُ يطالبه ، وجناية البائع في إيجاب الأرش مترددةٌ بين الآفة السَّماوية وبين جناية الأجنبي ، كما سبق في الإتلاف .

فإن قيل : احتراقُ سقفِ الدار قبل القبض ، ما حكمه ؟ قُلنا : فيه وجهان :

أحدهما : أنه عيبٌ كسقوط يد العبد ؛ لأنه تابع للدار ، وليس كموتِ أحد العبدين .

والثاني : أنه كأحد العبدين ؛ لأنه مستقلٌّ بالمالية عند تقدير الانفصال ، بخلاف اليد من العبد [5] .

---

(١) قال في الروضة : « القسم الثالث : أَنْ يتلفه البائع ، فطريقان : أصحهما : على قولين . أظهرهما : ينفسخ البيع كالآفة . والثاني : لا ، بل إن شاء فسخ وسقط الثمن ، وإن شاء أجاز وغرم البائع القيمة وأدى له الثمن . وقد يقع ذلك في أقوال التقاصّ .

والطريق الثاني : القطع بالقول الأول » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٠٢) .

(٢) في (ب) : « لو » .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٧) .

فرع :

لو اغتصب المشتري المبيع حيث أثبتنا للبائع الحبْسَ فللبائعِ استردادهُ ، فلو أتلفه البائعُ قبل الاسترداد ، ذكر صاحبُ التقريب قولين :

أحدهما : أنه بالإتلاف [١] قابضٌ ومُتْلِفٌ ؛ فيكون كالإتلاف قبل القبض [٢] .

والثاني [٣] : أنه كالأجنبي ؛ لوقوعهِ بعد جريان صورة القبض وقبل عَوْد صورة اليد إليه .

الحكم الثاني للقبض : تسلط المشتري على التصرف

فليس للمشتري بَيْعُ ما اشتراه قبل القبض ، لنهي رسول اللّه ﷺ عن بَيْعِ ما لم يقبض [٤] فنشأ من الحديث تصرفٌ في ثلاث مراتب :

الأولى : فيما يلحق بالبيع من التصرفات :

فكل تمليك بعوضٍ فهو بيعٌ ، والعتق لا يلحق به ، لأن مَنْعَ البيع إما أن يُعلَّل

---

(١) في الأصل ونسخة من (أ) : « بالإيلاف » ، والمثبت من (ب) .

(٢) وهذا القول هو الظاهر عند الإمام . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٤) .

(٣) قوله : « والثاني » : ليس في (ب) .

(٤) أخرج البخاري عن النبي ﷺ قال : « من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه » وفي رواية : « من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه » . وعن ابن عباس قال : « أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض » . انظر البخاري مع الفتح : (٤ / ٤٠٩) ، (٣٤) كتاب البيوع (٥٥) باب بيع الطعام قبل أنْ يقبض وبيع ما ليس عندك (٢١٣٥ ، ٢١٣٦) . وانظر : صحيح مسلم : (٣ / ١١٥٩ - ١١٦٢) (٢١) كتاب البيوع (٨) باب بُطلان بيع المبيع قبل القبض (١٥٢٥ ، ١٥٢٦ ، ١٥٢٧) ، وأبو داود : (٣ / ٢٧٩ ، ٢٨٠) كتاب البيوع باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي (٣٤٧٩) ، والترمذي : (٣ / ٥٨٦) (١٢) كتاب البيوع (٥٦) باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه (١٢٩١) ، والنسائي : (٧/ ٢٨٥ ، ٢٨٦) (٤٤) كتاب البيوع (٥٥) باب بيع الطعام قبل أن يستوفيه (٤٥٩٦ ، ٤٥٩٨ ، ٤٦٠٣) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٤٩) (١٢) كتاب التجارات (٣٧) باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٢٢٢٦ ، ٢٢٢٧) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٢٥) حديث رقم : (١٢٠١) .

بضعف الملك ، أو بتوالي الضامنين ، ولا تأثير للعلتين في العتق .

نعم ، لو كان قبل توفية الثمن فهو كعتق المرهون وأولى بالنفوذ ؛ لضعف حَقِّ الحبس .

أما الإجارة ففيها وجهان (١) ، إنّ عللنا بِضَعْفِ الملك منعناها ، وإن علّلنا بتوالي الضامنين ، فالإجارة لا توجب ضمان العين فلا يتواليان ، والتزويج كالإجارة إلا أنه ينقبض ، فقد يمنع منه (٢) قبل توفية الثمن ، وأما الهيبة والرهن فيجريان مجرى العتق .

قال صاحب التقريب : رَهْنُ ما لا يصحُّ بيعه باطلٌ ، وهذا لا يصح بيعُه فيتَّجه بطريق الدلالة منعُه .

وفي الهبة أيضًا وجه : أنه ينزل منزلة هبة المرهون (٣) .

المرتبة الثانية : فيما يلحق بيد البائع من الأيدي :

فكل (٤) يدٍ ثابتة لمملك عن جهة معاوضة محضة (٥ فهي يدُ ٥) بائعٍ ، كما في الصرف ، والسَّلم ، والتَّولية ، والاشتراك .

وما لا يستند إلى معاوضة ، كيد الأمانةِ ، والرهنِ ، والهبة ، والعارية ، والغصب ، والسَّوم ، ويد المشتري في المبيع بعد الانفساخ لا يلحق له ؛ لأنه (٦) ليس عن معاوضة وتمليك .

---

(١) أصح هذين الوجهين عند الجمهور : عدم صحة الإجارة . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٨) ، المجموع : (٩ / ٣٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٦٩) .

(٢) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

(٣) في الرهن والهبة وجهان . وقيل قولان : أصحهما : لا يصحان . انظر الروضة : (٣ / ٥٠٨) ، المجموع : (٩ / ٣١٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٦٩) .

(٤) في (أ) : « وكل » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « فهو به » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « لأنها » .

ويَدُ تمليكِ الصداق والبدل في الخلع ، والصُّلح عن دم العمد ، يُخَرج على أنها مضمونة ضمانَ العقد ، أم [1] [ضمان] [2] اليد [3] ؟ فإن فرَّعنا على ضمان العقد ألحقناه بيد البائع ، وإلا فلا .

المرتبة الثالثة : النظر في أنواع المبيع :

وهو منقسم إلى عين ودَيْن .

أما العين : فلا تُباع قبل القبض منقولًا كان أو عقارًا ، وجوَّز أبو حنيفة بيع العقار قبل القبض [4] .

وأما الدَّيْن : والمثمَّن منه كالمُسْلَم فيه ، والحنطة المبيعة وصفًا في الذمة ، فلا يجوز بيعُه قبل القبض ولا الاعتياض عنه .

وفي جواز الحوالة في المُسْلَم فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : المنع [هو الأصح] [5] ؛ لأن فيه معنى المعاوضة .

والثاني : الجواز ؛ تغليبًا لمعنى الاستيفاء .

والثالث : أنه تجوز الحوالةُ عليه ، فإن لا يتبدل عين المستحق ، ولا تجوز الحوالة به ، فإنه تبديلٌ وتحويلٌ إلى ذمة أخرى [6] .

---

(١) في (أ) : « أو » .　　(٢) زيادة من (أ) .

(٣) الأظهر : أنها مضمونة ضمان العقد . انظر الروضة : (٣ / ٥١١) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز أنْ تباع العينُ قبل قبضها ، سواء كانت عقارًا أو منقولًا .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز بيعُ العقار قبل قبضه ، وقال محمد : لا يجوز . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥١١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٨) اللباب في شرح الكتاب (٢ / ٢٥٣) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) قال في الروضة : « وهل تجوز الحوالةُ به ، بأنْ يُحيل المُسْلَم إليه المسلم بحقّه على مَنْ له عليه دَيْنٌ =

أما الثمن : فإنْ عينٌ فيتعينّ [1] عندنا بالتعيين ، خلافًا لأبي حنيفة – رحمه اللّه – وينفسخ العقد عندنا بتلَفِه .

ولكن إذا كان في الذمة ، ففي جواز الاستبدال ثلاثةُ أوجه :

أحدها : المنع ؛ قياسًا على المثمن .

والثاني : الجواز ؛ لما رُوي عن ابن عمر – رضي اللّه عنهما – أنه قال : كنا نبيع الإبل في زمان رسول اللّه ﷺ بالدنانير فنأخذ بها [2] الدراهم ، وبالدراهم فنأخذ بها [3] الدنانير . فقال – عليه السلام – : « لا بأسَ إذا تفرقتما وليس بينكما لبس » [4] .

والقائل الأول يحمل الحديثَ على جريانه في مجلس العقد ، فيكون تغييرًا للعقد في حالة الجواز .

والثالث : أنه يُستبدل أحد النقدين عن الآخر للحديث ، ولا يُستبدل / سائر ٧٠/ب الأجناس عنها للقياس ، وهذا أعدل ؛ ويتأيّد باتّحادِ مقصودِ النقدية منهما .

= قرضٍ أو إتلافٍ على المُسْلَم إليه ؛ فيه ثلاثة أوجه : أصحها : لا . والثاني : نعم . والثالث : لا تجوز عليه ، وتجوز به . هكذا حكوا الثالث ، وعكسه في « الوسيط » فقال : تجوز عليه لا به ، ولا أظن نَقْلَه ثابتًا » .
انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥١٤) .

(١) في (أ) : « تعين » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « بدلها » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بدلها » .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٤٧) كتاب البيوع – باب في اقتصاء الذهب من الورق (٣٣٥٤) ، ولفظه : « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ، ما لم تفترقا وبينكما شيء » ، والنسائي : (٧ / ٢٨١) . (٤٤) كتاب البيوع (٥٠) بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة (٤٥٨٢ ، ٤٥٨٩) . وابن ماجه : (٢ / ٧٦٠) (١٢) كتاب التجارات (٥١) باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب (٢٢٦٢) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٥) حديث رقم : (١٢٠٤) .

فإنْ قيل : وَبِمَ يتميَّز الثمنُ عن المثمَّن ؟

قلنا : فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : أنه [١] لا ثمن إلا النقدان [٢] . والثاني : أن الثمن ما يتصل به باء الثمنية . والثالث : أن الصفقة إن اشتملت على نقدٍ فهو الثمن ، وإلا فما اتصل به باء الثمنية ، وهو الأعدل .

فإن قلنا : إنه لا ثمن إلا النقد [٣] ، فلو قال : بعتُ هذه الدراهم بالعبد ففي صحة العقد خلافٌ لتغيير نظم العقد ، والصحيح الصحة .

وكذلك نقول : الأصح جواز السَّلم في الدراهم ، فإن [٤] الشافعيّ – [٥] رضي اللّه عنه [٥] – جعل الثمنَ كالمثمن في التعيين بالتعيين [٦] .

فإن قُلنا : حكم الثَّمنية غيرُ مقصودٍ على النقدين ، فجواز الاستبدال هل يتعدَّى إلى غير النقدين ؟ فيه وجهان .

ومن يُلاحظ الحديث ، ومعنى النقدية لم يُجَوِّز الاستبدالَ في غير النقدين بحال ، ولعلّه الأولى .

أما الفلوس إن راجت رواجَ النقودِ فالصحيح أنها كالعروض .

فإن قيل : الدّين الثّابت بالقرض ، أو بالإتلاف ، أو بسببٍ غير المعاوضة ما حكمه ؟

قُلنا : بيعُه من غير مَنْ عليه الدَّيْنُ فيه قولان ، والمنع غيرُ مأخوذ من قاعدة القبض ، ولكنه من ضعف الملك لعدم التعيين . ولعل الأصح : المنع ، فإنه ليس مالًا حاضرًا ، وإن

---

(١) قوله : « أنه » : ليس في (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « النقدين » .

(٣) في (أ) : « النقدان » ، وفي (ب) : « النقدين » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .

(٥) ما بين القوسين : ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) ذكر في الروضة أنه الأظهر . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥١٦) ، المجموع : (٩ / ٣٣٢) .

كان له حكمُ المال من بعض الوجوه . وإنْ باعه ممن عليه الدَّيْن ، فإن استبدل عنه عينًا وقبض في المجلس جاز .

وإن استبدل دينًا لم يَجُزْ ؛ لأنه منطبقٌ على بيع الكالئ بالكالئ وهو منهيٌّ عنه ، والكالئ هو الدَّيْن .

وإن [١] استبدل عينًا ولم يقبض في المجلس : فإن جوَّزنا بيع الدَّيْن فلا مَأْخَذَ لاشتراطِ القبض ، وإن لم نُجوِّز فلابُدّ من القبض ، إذ يجوز الاستبدالُ على تقدير كونهِ استيفاء للمالية ، فيختصّ بمجلس الاستيفاء ، إذ الأصل فيه الفعلُ دون القول [٢] .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « القبض » .

النظر الثاني

في صورة القبض وكيفيته

والمقبوض إن كان عقارًا فمجرد التخلية كافٍ ، إلا إذا كان غائبًا ففيه نظر يُذْكر في الرهن .

وأما [١] المنقول هل [٢] يكفي فيه التخليةُ المجردة [٢] ؟ فيه ثلاثة أوجه :

الأصح : أنه لابّد من النقل ؛ لأن الاعتماد فيما نِيْطَ باسم القبض على العرف ، والعرفُ يُفرّق بين المنقول والعقار .

ونقل حرملة قولًا للشافعي – رضي اللّه عنه – : أنه يُكتفى بالتخلية [٣] ، وهو مذهب مالك [٤] ؛ لأن المقصودَ استيلاء المشتري ، وقد حصل .

والثالث : أنّ التخلية تكفي لنقلِ الضمان ؛ لأنه حقُّ البائع ، وقد أدَّى ما عليه ، ولا يكفي التسليطُ على التصرف فإنه حقُّ المشتري ، وقد قصر إذ لم يقبض ولم ينقل ، وهذا يُعضِّده أنّ ركوبَ الدابة والجلوس على الباسط قد يجعله سببًا لضمان الغصب دون النقل .

التفريع :

إذا قُلنا : لابد من النقل ، فإنْ وجد من المشتري فهو الكامل ، وذلك بأن ينتقل إلى محلّ يختص به ولا اختصاص للبائع به .

فلو نقل إلى زاوية من دار البائع فلا يكفي ؛ لأنّ الدار وما فيها في يد البائع إلا أنْ يأذنَ البائعُ في القبض والنقل إليه ، فيكون إعادة لتلك الزاوية فيحصل القبض . هذا إذا قبض برضا البائع .

---

(١) في (أ) : « فأما » .

(٢) في الأصل : « هل للتخلية المجردة فيه حكم » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥١٧) ، المجموع : (٩ / ٣٣٤) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إن كان المبيع من المنقولات فلا تكفي التخلية في قبضه بل يُشترط النقل ، والتحريك أيضًا ، وفي قولٍ رواه حرملة : أنه يكتفى بالتخلية . وهو مذهب المالكية . انظر : روضة الطالبين : (٥١٧/٣) ، المجموع : (٩ / ٣٣٤) .

فإن (١) أخذه (٢) قهرًا : إن كان بعد توفية الثمن فهو صحيح ، وإن كان قبله وأثبتنا حقّ الحبس فهو فاسد يَصْلح لنقل الضمان ، وهل يُفيد التصرفَ ؟ فيه وجهان (٣) .

أما البائع إذا نقله إلى دار المشتري ، أو وَضَعَه بين يديه ، أو في حِجْره أو في محلٍّ قريب منه ، والمشتري راضٍ حصل القبض ، وإن كان كارهًا فوجهان (٤) .

هذا في منقول بِيعَ جزافًا ، فإنْ بِيعَ مُكايلةً كصبرةِ الحنطة إذ قال : بعتها كلَّ صاعٍ بدرهم ، فتمامُ القبض بالكيل على المشتري ، فلو قبضه المشتري ولم يكلْ (٥) فالضمان انتقل إليه ، وهل يتسلط على البيع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يتسلَّط ، وهذا قبضٌ فاسد ؛ إذ نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجريَ فيه الصاعان ، صاعُ البائع وصاعُ المشتري (٦) ، إذ من عادةِ العرب في المواسم شراءُ صبرةٍ من الحنطة مكايلةً وبيعُها بزيادة ربح مكايلةً ، فلابُدَّ من إجراء الصاع قبل البيع حتى يكون الحديث مفيدًا ، وهو الذي قطع به المحققون والشيخ

---

(١) في (أ) : « فلو » .   (٢) الهاء في (أخذه) زيادة من (أ) .

(٣) لم يذكر في الروضة إلا وجهًا واحدًا وهو أنه لا يفيد التصرف . فقال : « وإن كان في بقعة مخصوصة بالبائع ، فالنقل من زاوية منه إلى زاوية ، أو من بيت من داره إلى بيت بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف ، ويكفي لدخوله في ضمانه . وإن نقل بإذنه حصل القبض ، وكأنه استعار ما نقل إليه » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥١٨) ، المجموع : (٩ / ٣٣٥) .

(٤) أصح هذين الوجهين : أنه يحصل القبض ولو كان كارهًا . انظر الروضة : (٣ / ٥١٨ ، ٥١٩) ، المجموع : (٩ / ٣٣٥) .

(٥) في (أ) : « يكيل » .

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجه : (٢ / ٧٥٠) (١٢) كتاب التجارات (٣٧) باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٢٢٢٨) ، والدارقطني : (٣ / ٨) كتاب البيوع حديث رقم : (٢٤) والبيهقي في السنن الكبرى : (٥ / ٣١٦) . وانظر : نصب الراية للزيلعي : (٤ / ٣٤) ، والتلخيص الحبير : (٣ / ٢٧) حديث رقم : (١٢٠٧) .

أبو محمد[١] ، إذ مثلُ هذا النهي لا يُحْمَل إلا على الفساد ، ولو حُمل على أصل القبض كان إلغاءً لفائدةِ خصوصِ هذا الحديث .

والأصح : أنه لو اشترى الطعام مكايلةً وأبقاه في المكاييل[٢] وباعها مكايلةً ، ثم صبه[٣] على المشتري للمشتري[٤] جاز ، فصورةُ إجزاء الصاع لا يُراد لعينه .

ومنهم مَنْ قال : لابُدّ من التفريغ أولًا ، ليبني صحة البيع الثاني عليه لظاهر الحديث ، وهو ضعيف ، إذ دوام الكيل في معنى ابتدائه .

ولما كان قرار العقد موقوفًا على التقابض في المجلس في بيع الطعام بالطعام ، اختلفوا في أنه لو باع الحنطة بالشعير مكايلةً وتقاضيا جزافًا فإن العقد هل ينفسخ ؟

وهذا مرتب على حكم البيع ، وأولى بألا يستدعي قرارَ العقد جريان الكيل .

فرع :

القبض يجري فيه النيابةُ ، ولكن لو قال لمستحق الحنطة في ذمته : اكتل على نفسك من صُبْرَتي هذه / قدرَ حقّك ، ففعلَ . ففي تعينُّ حقه به[٥] وجهان[٦] ، من حيث إنه من وجهٍ اتحد القابضُ والمقبضُ ؛ لأنه مقبض بالإذن وقابضٌ لنفسه ، وإنما يُسَلَّم ذلك للأب ، يَقْبض لنفسه من طفله ، ولطفله من نفسِه ، كما يُسَلّم[٧] له في تولّي طرفَيِ البيع . ولو قال لمستحق الدين : اقْبضْ حقك مما لي على فلانٍ ، فقبض : لم

٧١ / أ

---

(١) وهذا هو الصحيح . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٠) ، المجموع : (٩ / ٣٣٧) .

(٢) في (أ) : « المكيال » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « صبَّ » ، والمثبت من (أ) .

(٤) كلمة : « للمشتري » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٦) وأصح هذين الوجهين : أنه لا يصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٣) ، المجموع : (٩ / ٣٣٩) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « سلم » .

يصح ؛ لأنّه لابُدَّ وأنْ يقبض للمستحق ، ثم يقبض لنفسه . فلو قال : اقبضْه لي ثم اقبضْه لنفسك : صحَّ قبضُه له ، وفي قبضه لنفسه الوجهان [(١)] .

ولو ألقى إليه كيسًا ، وقال : خُذْ منه قَدْرَ حَقِّك : فلا يملك بمجرد الأخذ دون الوزن قطعًا .

وإنما الخلافُ بعد الوزن في تعيين حقِّه ، لكونه قابضًا مُقْبضًا ، ولكنْ هو مضمونٌ عليه لو تلف ؛ لأنه أخذه ليتملكه فضاهى أَخْذَ المستام [(٢)] ، والكيس ليس مضمونًا ؛ لأنّ يدَه فيه يَدُ الوكيلِ ، ولم يأخذ الكيس ليتملكه .

ولو دفع إليه دراهمَ وقال : اشْتَرِ بها قَدْرَ حقِّك لم يصح الشراءُ إلا أن يقول : اشترِه لي واقبضْه لي ، ثم اقبضْه لنفسك ، فيصحّ الشراء له والقبض له ، وفي قبضه لنفسِه الوجهان .

* * *

---

(١) وأصح هذين الوجهين : أنه لا يصح قبضه لنفسه كما سبق . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٢١) ، المجموع : (٩ / ٣٣٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٧٤) .

(٢) قال ابن أبي الدم : « الموضع الرابع عشر : في صفة القبض قال : (ولو ألقى إليه كيسًا وقال : خُذْ منه قدر حقك لم يملك لمجرد الأخذ دون الوزن) . قال : (ولكن هو مضمونٌ عليه لو تلف ؛ لأنه أخذه ليهلكه فضاهى أخْذَ المستام) .

أقول : قوله في هذه الصورة : (إنه مضمون عليه لو تلف) وَهْمٌ ؛ فإنّ الإمام نصّ في هذه الصورة على أنه لا يضمن إذا تلفت الدراهم في يده ؛ لأنه قبل القبض كالوكيل فلا ضمان عليه ، وإنما يضمن في صورة أخرى لم يذكرها الشيخ وذَكَرها الإمامُ وهو ما إذا دفع إليه كيسًا وقال : خذه بحقك ، فإذا أخذه وتلف قبل الوزن ضمنه كالمستام فهذا صحيح ؛ إذ الفرقُ بين قوله خَذْ منه قَدْرَ حقك وبين قوله : خُذْه بحقك ، واضحٌ » . إيضاح الأغاليط (١٣ / أ) .

النظر الثالث

في وجوب البداية بالقبض

وفيه أربعة أقوال :

أحدها : أنه يجب على البائع البدايةُ بتسليم المبيع ؛ لأنه متسلط على التصرف في الثمن ؛ فليتسلط المشتري على المبيع [1] .

والثاني : أنّ البداية بالمشتري ؛ لأن حقَّه مُتعينٌ فَلْيُعَيِّر حَقّ البائع ، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه اللّه [2] .

والثالث : أنهما يتساويان ، فيجبر كل واحدٍ منهما من غير تقديم[3] .

والرابع : أنهما لا يجبران ، بل إن تبرع أحدُهما بالبِدار [4] أُجبر الثاني [5] .

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٧٤) ، نهاية المحتاج : (٤/ ١٠٢ ، ١٠٣) .

(٢) **مذهب الشافعية** : في البداية بالقبض فيه أربعة أقوال :

أظهرها : أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يؤخذ الثمن من المشتري .

والثاني : أنه يجبر المشتري على دفع الثمن أولًا ثم يؤخذ المبيعُ من البائع ، والثاني هذا هو مذهب الحنفية ، حيث قالوا : من باع سلعة بثمن ، قيل للمشتري : ادفع الثمنَ أولًا ، فإذا دَفع قيل للبائع : سَلِّم المبيع .

والقول الثالث : أنه لا يُجْبر واحدٌ منهما ، فإذا سَلَّم أحدهُما أُجْبر الآخر .

والرابع : أن الحاكم يُجْبِر كلَّ واحدٍ منهما بإحضارِ ما عليه ، فإذا أحضر سَلَّم الثمنَ إلى البائع والمبيعَ إلى المشتري ، يَبْدأ بأيهما شاء . انظر الأم : (٣ / ٧٧) ، روضة الطالبين : (٣ / ٥٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٧٤) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٠٢ ، ١٠٣) ، شرح فتح القدير : (٦ / ٢٩٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢/ ٨) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤/ ٥٦٠ ، ٥٦١) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/ ٢٢٩ ، ٢٣٠) .

(٣) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٥٧ / ب) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « بالبداية » .

(٥) في (ب) : « الآخر » .

التفريع :

المشتري إذا بادر قبل القبض وسلَّم الثمنَ ، فيجبُ تسليمُ المبيع ، فلو كان آبقًا فليس له الاستردادُ ، بل له الفسخ إن شاء ، والاسترداد بعده ، وإن علم إباقَه فلا يلزمُه تسليمُ الثمن قولًا واحدًا .

وأما البائع إذا بدأ فَيُجبر المشتري على القبول ، ولم يكن كالدَّيْنِ فإنه قد لا يجبر مستحقه على القبض ؛ لأن حقَّه غير متعين فيه .

فإنْ أبى ولم يقبض ، فتلف في يد البائع : فهو من ضمانه ؛ لدوام صورة اليد . وقال صاحب التقريب : إذا أبى المشتري فللبائع أن يقبض له من نفسه لتصير يدُه يَدَ أمانةٍ ، أو يرفع يَده إلى القاضي حتى يُودِعَه عنده ، وهو بعيدٌ ، وقَبْض القاضي عنه وإيداعُه له أقربُ قليلًا .

وإن [١] قبل المشتري وقبض : طُولب بالثمن من ساعتِه ، فإنْ تحقق إفلاسه ولم يكن له شيءٌ سوى المبيع ، أو كان وزادت الديُونُ عليه فللبائع الرجوعُ إلى عين السلعة .

وإن كان غَنيًّا ولكن ماله غائب : قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : يُجبر المشتري على دَفْع الثمن من ساعته ، فإن كان مالهُ غائبًا أَشْهَدَ على وقف ماله ، فإنْ وَفَّى أَطلق الوقف عنه [٢] ، وهذا حجر غريب يراه الشافعي ، من حيث إن البائع على خَطرٍ من إنفاقه جميعَ أموالِه واستهلاك الثمن بالإفلاس ، فالحجْرُ أقربُ من حَبْسه ، أو فسخِ البيع أو إهمالِ الحقّ .

ومن أصحابنا من قال : لا يُحْجَر عليه ، وهذا لتخريجِه وَجْهٌ ولكنَّه مخالفٌ للنَّصِّ .

ثم اتَّفقوا على أنه لا حَجْرَ عند إمكانِ الفسخ بالفَلَس ، فإنه لا حاجه إلى الحجر [٣] .

---

(١) في (أ) : « فإن » .　　　(٢) انظر الأم : (٣ / ٧٧) .

(٣) (١٧٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (ثم اتفقوا على أنه لا حجر عند إمكان الفسخ بالفلس فإنه لا حاجة إلى الحجر) يعني به : أنه إذا تحقق حَجْرُ الفلس فلا حاجة إلى هذا الحجر الآخر ، وهذا يُفارق ذلك من وجهين :

=

ولكن قال العراقيون : إن كان المالُ غائبًا فوق مسافة القصر فهو كالفلس لأنه عَجْزٌ في الحال ، وإن كان دون مسافة القصر فوجهان (١) ، وإن كان في البلد فلا فسخ ، بل يُحجر [عليه] (٢) .

والصحيح : ما قاله ابن سُريج من أنّ الغيبة ليس كالعدم ، بل الإعدام يُوجب الفسخَ ، والغيبة تُوجب الحجر (٣) ، فأما إذا كان في البلد فلا فَسْخَ ولا حَجْرَ بل يُطالبَ به (٤) .

* * *

= أحدهما : أنه لا يُسلط على الفسخ ، والرجوعُ إلى عين المبيع .

والثاني : أنه لا يتوقف على ضيق المال عن الوفاء والله أعلم ، بل الغرض منه إيصال كل واحد منهما إلى حقه مع تقدير العقد ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٧ / ب) .

(١) قال في الروضة : « إن كان دون مسافة القصر فهل هو كالذي في البلد ، أو كالذي على مسافة القصر ؟ وجهان . قلت : أصحهما : الأول ، وبه قطع في « المحرر » ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين (٣ / ٥٢٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « إن كان ماله غائبًا عن البلد نُظِر ، إن كان على مسافة القصر لم يُكلف البائع الصبر إلى إحضاره . وفيما يفعل وجهان : أحدهما : يباع في حقه ويؤدي من ثمنه .

وأصحهما عند الأكثرين : أنّ له فَسْخَ البيع ؛ لتعذُّرِ تحصيلِ الثمن ، كما لو أفلس المشتري بالثمن . فإن فسخ فذاك ، وإن صبر إلى الإحضار فالحجر على ما سبق . وقال ابن سريج : لافَسْخَ ، بل يُردّ المبيع إلى البائع ، ويُحْجر على المشتري ، ويُمْهَل إلى الإحضار ، وزعم في « الوسيط » أنه الأصح ، وليس كذلك » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٢٥) .

(٤) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٥٨ / أ) .

القسم الرابع

(١ كتاب البيع ١)

في موجب الألفاظ المطلقة في البيع وبيان ما يزاد فيها على موجب اللغة ، أو ينقص ويستثنى بحكم اقتران العرف . وهي ثلاثة أقسام

[**القسم الأول** : الألفاظ المطلقة في العقد .

القسم الثاني : ما يطلق في الثمن .

القسم الثالث : ما يطلق في البيع] (٢) .

* * *

---

(١) في الأصل ، (أ ، ب) : « الكتاب » ، وما أثبتناه للإيضاح .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من المحقق .

الأول

الألفاظ المطلقة في العقد

وهي مشهورة ، والغرضُ بيانُ لفظتين :

الأولى : التولية :

فإذا اشترى شيئًا ، وقال لغيره : ولَّيتُك هذا العقدَ فقال قبلتُ ، صحَّ البيعُ بهذا اللفظ ، ونُزِّل على ثمن العقد الأول ، وهو ملك متجدد يتجدَّدُ بسببه حقُّ الشُّفعة ، وتُسَلّم الزوائد للمشتري الأولِ ، أعني ما حصل قبل التولية .

ولو [1] حُطَّ عن الثمن الأول شيءٌ انحط عن الثاني ؛ لأنّ التوليةَ تُوجب نزولَه في الثمن منزلةَ الأول ، حتى لا يُطَالب إلا بما يُطَالَب الأول ، فهو في حقّ الثمن كالبناء ، وفي حَقّ نقل الملك كالابتداء .

ولّما عَسِر الفرقُ بين هذا وبين سلامة الزوائد والشفعة ذكر القاضي في المسألتين وجهين [2] ، وردَّ التردد إلى أنّ هذا ملكُ بناءٍ ، أو ابتداءٍ ؟ وهو ضعيف ، فلا وجه للتردد في الشُّفعة والزوائد .

نعم ينقدح وجهٌ : أن الحطَّ لا يلحق ، كما لا يلحق الشَّفيع ، إلا أن يكون الحطّ في مجلس العقد ، فإنّ ذاك فيه خلافٌ في حقّ الشفيع أيضًا .

فرع :

في التولية قبل القبض وجهان [3] :

ووجهُ التجويز : الاستمدادُ من حكم البناء ، حتى كان المطرد هو الملك الأول ،

---

(١) في (أ) : « فلو » .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٢٧) .

(٣) الصحيح من هذين الوجهين : أنه لا تجوز التولية قبل القبض . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٧) ، المجموع : (٩ / ٣٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٦٨) .

ويتأيَّدُ ذلك بلحوق الحطِّ .

وفي تولية البائع خلافٌ مرتب على البيع من البائع الأول / وأولى بالصحة . ٧٢ / ب

اللفظ الثاني : الإشراك .

فلو قال [١] : أشركتُك في هذا العقد على المناصفة ، كان حكمه حكم التولية في النصف من غير فرق .

ولو أطلق ولم يَذْكر المناصفةَ ، ففي الصحة وجهان :

أحدهما : المنعُ ؛ لأنه لم يُبيِّنِ المقدارَ فكان مجهولًا .

والثاني : الجواز ، ويُنزَّل المطلقُ على التشطير [٢] .

* * *

(١) في (أ) : « فإذا قال » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٢٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٧٧) .

القسم الثاني

ما يُطلق في الثمن

وهو ألفاظ المرابحة :

فإذا قال بعت بما اشتريت (١) وربح دَهْ يازْدَهْ نزل على ما قاله ، إن كان ما اشتراه معلومًا للمشتري الثاني .

وكذلك في صورة التولية يُشْترط أن يكون ثمنُ الأول معلومًا [للمشتري] (٢) ، فإن لم يعلمه فَلْيقل : بعتُ بما اشتريتُ وهو مائة أو وليتُكَ هذا العقدَ بما اشتريتُ وهو مائة ، فإنْ لم يذكر : بَطَل ، كما لو قال : بعت بما باع به فلانٌ فرسَه .

وفيه وجه : أنّ هذا يصحُّ ؛ لارتباطِ العقد الأول بالعاقد وسهولةِ الاطلاع عليه ، ثم تردَّدَ هؤلاء في أنه هل يُشْترط زوالُ الجهالة في المجلس (٣) ؟

أما إذا قال : بعت بما قال عليّ : دخل فيه الثمنُ وأجرةُ الدَّلَّال والكيَّال ، وكذا البيت الذي تُحفظ فيه الأقمشة ، وكلُّ ما يُعدُّ من خَرْج التجارة بخلاف قولنا : بعتُ بما اشتريت .

ولو تعاطى الكيل بنفسه ، أو كان البيتُ مملوكًا له : لم يُقدر له أجرة .

وكذلك علف الدابة لا يُضم إليها ، والمحكَّمُ العرفُ ، فإن ذلك لا يعدُّ من خَرْج التجارة عرفًا .

---

(١) في (ب) زيادة : « وهو مائة أو وليتك هذا العقد » . ولم أثبتها لأن موضوعها ليس هنا ، وهي موجودة بعد قليل .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « ينبغي أن يكون رأس المال - أو ما قامت به السلعة - معلومًا عند المتبايعين مرابحة ، فإن جهله أحدُهما لم يصحَّ العقد على الأصح كغير المُرابحة . فعلى هذا لو زالت الجهالةُ في المجلس لم ينقلب صحيحًا على الصحيح . والثاني من الوجهين الأولين : يصح ؛ لأن الثمنَ الثاني مبنيّ على الأول ، ومعرفتُه سهلةٌ ، فصار كالشفيع يطلبُ الشفعةَ قبل معرفة الثمن لسهولتها » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٣١) .

فرعان :

أحدُهما : إذا [1] اشترى [شيئًا] [2] بعشرة وباعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة ثم قال : بعت بما قال عليّ : فالظاهر : أنه ينزل على العشرة .

وقال ابن سريج : يُحسب الرِّبح عليه ، فتكون السلعة قد قامت بخمسة فيُنَزَّل عليها .

ولا خلافَ في أنه لو كان يدلّ ربح الخمسة خسران خمسة لم ينزل هذا اللفظ على خمسة عشر ، وهذا يُضَعِّف توجيهَ مذهبِه .

الثاني : إذا [3] قال : بعتُ بما اشتريت بحطِّ دَهْ يازْدَه ، وكان قد اشترى بمائة وعشرة مثلًا : فالظاهر هو مذهب أبي يوسف وابن أبي ليلى : أنه يُنزَل على المائة وتُحطُّ العشرة ؛ فيكون قد حَطَّ من كل أحدَ عشرَ درهمًا واحدًا ، لتَبْقَى نسبةُ ده يازده بين الأصل والمحطوطِ [4] .

وفيه وجه آخر غامض : أنه يُنَزَّل على مائة درهم إلا درهمًا فيحط عن كل [5] عشرةٍ درهمٌ واحدٌ ، كما كان يُزاد على كل عشرة واحدٌ في ربح دَهْ يازدَه .

فإن قيل : لو لم يصدق المشتري في قدر الثمن وزاد ، أو كان قد طرأ بعد الشراء عيبٌ فلم يذكره ، فهل يُحَطّ عن الثاني بقدر العيب ؟ قلنا : لِيُعَلَمْ أنّ هذا العقد عقد

---

(١) في (ب) : « إن » . (٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « لو » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : بعتُ بما اشتريتُ بحطِّ ده يازده ، فإن كان قد اشترى بمائة وعشرة ، فالأصح : أنه يُحَطّ من كل أحدَ عَشَرَ واحدٌ وذلك لأنّ الربح في المرابحة جزءٌ من أحد عشر ، فكذا يكون الحطّ . وهذا الوجه هو مذهب أبي يوسف .

والوجه الثاني : أنه يحط من كل عشرةٍ واحدٌ ، كما زيد في المرابحة على كل عشرةٍ واحدٌ .

انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٢٩) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « عن » ، والمثبت من (أ) .

أمانة ؛ فإن المشتري لا يوطن نفسه على ذلك الثمن (١ وعلم أن المشتري لم يسمع بالثمن الذي ذكره البائع ، واشترى به ١) إلا تعويلًا على مُمَاكَسَتِه واستقصائه في طلب الغبطة فيرضى (٢) لنفسه ما ارتضاه الأولُ لنفسِه ، فيجب عليه الإخبارُ بكلِّ ما طرأ من عيبٍ أو جنايةٍ مُنْقِصة للعين كالإحصاء أو للقيمة .

وإن اشترى بأجلٍ وَجَب ذكره ، ولا يجب ذكرُ الزيادات الحادثة ولا ذِكْرُ ما اشترى معه ، إذا قوَّم هذا القدر بحصته ولا ذكر البائع إذا اشترى من ولده .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يجب ذِكْرُ ذلك كله (٣) ، ولو اشتري بغبنٍ - وهو عالمٌ به - فالأظهر أنه لا يجب ذِكْرُه (٤) . وفيه وجه : أنه يجب ؛ لأنّ الثاني اعتمد على أنه لا يحتمل الغبن ، وهذا القائل يُوجب أن يذكر إذا اشترى من ولده الطفل ، وكذلك إذا اشترى بِدَيْنٍ غير مؤجل ؛ ولكن الرجل مَطُولٌ ؛ لأن ذلك سبب احتمال غبن على الجملة .

ثم إن كذب المشتري فزاد في الثمن ، أو لم يُخْبِر عمّا طرأ (٥) من العيب ، فهل يحطّ عن الثاني قدر التفاوت ؟

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « فرضي » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجب ذِكْر الزيادات المنفصلة ، كالولد ، واللبن ، والصوف ، والثمرة . ولو اشترى من ابنه الطفلِ وَجَب الإخبارُ به ؛ لأن الغالب في مثله الزيادة ؛ نظرًا للطفل ودفعًا للتهمة . ولو اشترى من أبيه أو ابنه الرشيد ، لم يجب الإخبار به على الأصح .

ومذهب الحنفية : أنه يجب ذِكْر الزيادات الحادثة ، وأنه لو اشترى ممن لا تُقْبل شهادتُه له ، فلا يبيعه مرابحةً حتى يُبيِّنَ ذلك وهذا قول أبي حنيفة خلافًا لصاحبيه . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٢٩) .

(٤) قال في الروضة : « لو اشتراه بغبن ، لزم الإخبار به على الأصح عند الأكثرين . واختار الإمام والغزالي : أنه لا يلزم » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٤) .

(٥) في (أ) : « ظهر » .

فيه قولان : أحدهما : أنه لا يُحَطّ ؛ لأنه جَزَم العقدَ بمائة مثلًا وكذب في قوله : اشتريت به [١] . نعم ، له الخيار إن شاء ، لِتَلْبيسه ، فإنْ أجاز فَلْيُجِزْ لكلّ الثمن .

والثاني : أنه يُحَطّ ؛ لأنه لم يقتصر على ذكر المائة ، بل ربط وقال بعت بمائة وهو الذي اشتريت به ؛ فلا تلزمه المائة [٢] .

التفريع :

إن قلنا : يُحَطّ ففي ثبوت الخيار للمشتري قولان [٣] ، ووجه الإثبات : أنه ربما يكون له غرضٌ في الشراء بمائة لِتَحِلَّةِ قَسَمٍ ، أو وفاءٍ بموعود .

فإن قلنا : له الخيار مع ذلك فأجاز ، أو قلنا : لا خيار له ، ففي ثبوته للبائع وجهان [٤] ، ووجه الإثبات : أنه طمع في سلامة المائة له ، ولم تسلم . وإن [٥] قلنا : لا يحط عن المائة ؛ فللمشتري الخيار قطعًا ؛ لأنه مظلوم بالتلبيس ، إلا أن يكون التفاوت من جهة

---

(١) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر في الحالة الأولى وهي أن يكذب المشتري فيزيد في الثمن ، أما الحالة الثانية التي ذكرها الإمام الغزالي وهي إذا لم يخبر المشتري عما طرأ من عيبٍ فقد علَّق عليها النووي في الروضة وقال : « قال الغزالي : إذا لم يُخبر عن العيب ، ففي استحقاق حَطِّ قدرِ التفاوت القولان في الكذب ، ولم أَرَ لغيره تَعَرُّضًا لذلك . فإن ثبت الخلافُ فالطريقُ - على قول الحط - النظرُ إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها . قلت : المعروفُ في المذهب : أنه لا حَطَّ بذلك ، ويندفع الضررُ عن المشتري بثبوتِ الخيار . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٥ ، ٥٣٦) .

(٣) ذكر في الروضة أنّ في ثبوت الخيار للمشتري طريقين ، وأنّ أصحهما : على قولين . أظهرهما : أنه لا خيارَ للمشتري . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٥) .

(٤) أصح هذين الوجهين : أنه لا خيار للبائع . انظر الروضة : (٣ / ٥٣٥) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

العيب ، وكان قد عَلِمَ طرآنَ العيبِ ، فيكون راضيًا مع ذلك بما اشترى [(١)] .

فإن همَّ بالفسخ ، فقال البائع : لا تَفْسخ ، فإني أَحُطّ لأجلك ، فهل يبطل خياره ؟

فيه وجهان ؛ ووجه بقاء الخيار : أنه ربما يكون له غرضٌ في الشراء بالمائة ، كما سبق ، هذا إذا تبين خطؤه بِتَذَكُّرِ المشتري أمرًا مشاهدًا ، أو بقوله : أخطأت إقرارًا على نفسه أو بقيام بينةٍ على مقدار ما اشترى به [(٢)] .

فأما إذا قال : تعمَّدتُ الكذب ، وإنما اشتريتُ بكذا وكذا : فحكمُه ما سبق ، ولكنْ حيث تَرَدَّدْنا ثَمَّ [(٣)] في ثبوت الخيار ، فها هنا الإثباتُ أولى ؛ إذْ أَظْهَرَ بقوله خيانتَه ، فربما يكذب فيما يُخْبِرُ عنه الآن من البقية أيضًا .

وإن علم المشتري كَذِبه حالة الشراء فلا خيار له ، إلا أن يقول : كنت أظن أنه يحط مع علمي [بالنقصان] [(٤)] ، ففي ثبوت الخيار بهذا الظن وجهان :

---

(١) قال ابن الصلاح : قوله : (فإن قلنا : لا يحط عن المائة فللمشتري الخيار قطعًا إلا أن التفاوت يكون من جهة العيب وكان قد علم طرآن العَيْب فيكون راضيًا مع ذلك بما اشترى) هذا فيه نظر والله أعلم ؛ لأن هذا تفريع على الخلاف في الحطّ وعدم الحط فأيُّ معنًى لهذا الاستثناء مع أن ذلك ليس من مجال الخلاف في الحّط ، ولا يخفى إشكالُ هذا التأمل ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٨ / أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : قوله : (هذا إذا تبينَّ خطؤه بتذكر المشتري أمرًا مشاهدًا ، أو بقوله أخطأت إقرارًا على نفسه أو بقيام بينة على مقدار ما اشترى به) هذا يوهم أن الخطأ قد تبينَّ بمجرد تذكُّرِ المشتري ما شاهده من غير إقرار من البائع على نفسه أو قيام بينة وليس كذلك قطعًا ، فمراده إذًا أنه إذا لم يأمن المشتري الجناية مرة ثانية بأن يتذكر بنفسه أنه كان قد شاهد البائع وقت الشراء الأول وعَرَف مقدار الثمن ثم نسيه ثم تذكّر وثبت ذلك له على البائع ببينة أو بإقرار من البائع وإن لم يقل : أخطأت ، بل لو قال : تعمدتُ الكذبَ فهو كذلك أيضًا : لأنه أمن من الجناية وكذلك يأمن بأن يُقرّ البائعُ على نفسه ويقول : أخطأت وما تعمدت ؛ لأنه يشعر بثقته وأمانتهِ وكذلك إذا قامت البينة ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٥٨ / ب) .

(٣) في (أ) : « ثمة » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

هذا إذا كذب بالزيادة ، فلو كذب بالنقصان / فكان [١] اشترى بمائة ، فقال : ٧٣/أ [٢] اشتريتُ بسبعين [٢] : فميلُ الأصحاب ها هنا إلى البطلان ؛ لأنه لابد من الزيادة ولا سبيل إليها ، إذ الزيادة لا تلحق الثمن ، أما الحطُّ فيلحقه .

وقال الشيخ أبو محمد - رحمه اللّه - : لا فَرْقَ بين المسألتين ؛ إذ ليست المائةُ عبارةً عن تسعين ، كما ليست التسعون عبارة عن المائة ؛ فليبطل في المسألتين ، أو ليصح في المسألتين ؛ تنزيلًا على الصدق لا على ما كَذَبَ به .

وقد حكى صاحبُ « التقريب » قولًا : أنه يبطل العقد في صورة الزيادة أيضًا وما ذكره الشيخ أبو محمد يُشير إلى أنّ الحطَّ ليس بطريق الإبراء ، بل هو بطريق تبيّن نزول العقد عليه ابتداءً . وما ذكره الأصحاب يشير إلى أنه نزل العقد على القدر المُسَمَّى ، والحطُّ يضاهي حَطَّ أرْشِ العيب ، وهذا أولى فإنه لا يمنع من الإجازة والرضا بالمائة ، ولأنه طرد ذلك في صورة ظهور النقصان بعيب طاريءٍ [٣] مع أنه صادقٌ في إخباره عمَّا اشترى به والخلاف في كل واحد .

فرع :

إذ ادَّعى البائع أنه اشترى بزيادة ، وكذَّبه المشتري : فلا تسمع دعوى البائع وبيِّنَته ؛ لأنه على نقيضِ قوله السابق ، وهل له أنْ يحلِّفه على نَفْيِ العلم ؟ فيه وجهان ينبنيان على أن يمين الردّ كالبينة ، أو كإقرارِ المدَّعى عليه [٤] ؟

فإنْ جعلنا [٥] كإقراره فله ذلك على رجاء النكول وردّ اليمين ليكون ذلك

---

(١) في (أ) : « وكان » .

(٢) في (أ) : « اشتريته بتسعين » .

(٣) في (أ) : « طاري » .

(٤) وأصح هذين الوجهين أن له تحليفه على نفي العلم . انظر الروضة (٣ / ٥٣٦ ، ٥٣٧) .

(٥) زيادة من (أ) .

كالتصديق .

وإن قلنا : كالبينة ، فلا . وذكر صاحب التقريب أنه إنْ قال : غلطتُ ، وذكر وجهًا محتملًا بأن قال : عوَّلتُ على قول الوكيل ، والآنَ طالعتُ الجريدة وتذكرت ، فله التحليف قطعًا .

وهذا متجه حسنٌ ، ويجب طَرْدُ هذا في قبول دعواه وبينتهِ أيضًا ، والله أعلم .

* * *

القسم الثالث من الألفاظ

ما يطلق في البيع

وهي في غرضنا ستةُ ألفاظ :

اللفظ الأول : الأرض :

وفي معناها لفظُ السَّاحة ، والعرصة ، والبقعة .

فإن قال : بعتك هذه الأرض : فالنظر في اندراج الشجرِ والبناءِ والزرع والدَّفَائِن .

فأما الشجر والبناء : فنصُّ الشافعيِّ - رحمه اللّه - في البيع يدل على الاندراج ، وفي الرهن يدل على أنه لا يَنْدَرج [١] ؛ فاختلف الأصحاب على ثلاثة طرق :

الأصح : أنها لا تَندرج ؛ إذ اللفظُ لا يتناوله وَضْعًا ، ولم يكن دعوى عرف مطرد فيه فَيُنزَّل منزلةَ التصريح [٢] .

وهذا القائلُ نَسَبَ المزنيَّ - رضي اللّه عنه - إلى إخلاف في النقل ، وقال : أراد الشافعيُّ - رحمه اللّه - إذا قال : بعتُ الأرضَ بحقوقها .

ومِنْ هؤلاء مَنْ قال : ولو قال : بحقوقها أيضًا لم يندرج ؛ لأن الحقوق عبارة عن

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨١) .

(٢) قال في الروضة : « فإذا قال : بعتُك هذه الأرضَ ، وكان فيها أبنية وأشجار نُظِرَ ، إن قال : دون ما فيها من الشجر والبناء ، لم تدخل الأشجارُ والأبنيةُ في البيع ، وإن قال : بما فيها دَخَلت . وكذا إن قال : بعتكها بحقوقها على الصحيح .

فإنْ أطلق فنصَّ هنا أنها تَدْخل ، ونَصَّ فيما لو رهنَ الأرضَ وأطلق : أنها لا تدخل . وللأصحاب طرق :

أصحها عند الجمهور : تقريرُ النصين . والثاني : فيهما قولان . والثالث : القطعُ بعدم الدخول فيهما ، قاله ابن سُريج ، واختاره الإمام ، والغزالي » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٣٨ ، ٥٣٩) .

المَمَرِّ ، ومجرى الماء ، وأمثاِله .

الطريقة الثانية : ذِكْرُ قولين بالنقل والتخريج .

والثالثة : الفرقُ بأنّ الرهنَ ضعيفٌ لا يستتبع ، بخلاف البيع .

أما الزرع : فلا يندرج قطعًا تحت اسم الأرض ؛ لأنه لم يثبت للدوام ، بخلاف البناء والشجر .

والبقل له حكم الشجر أعنى أصولَه لا ما ظهر منه ، فإنه للدوام كالشجر ، وقطع الشيخ أبو محمد بأنها كالزرع .

ثم إذا بقي الزرعُ لصاحب الأرض ، ففي صحة بيع الأرض طريقان :

أحدهما : أنه [1] [فيه] [2] قولان [3] كما في [الأرض المكراة إذ تقع المنفعة مستثناة في مدةٍ ، ومنهم من قطع بالصحة إذ المانع في] [4] الإجارة عسر التسليم وهاهنا تسليم الأرض ممكن في الحال ، ولعله الأصحُّ ، تشبيهًا له بالدار المشحونة بالأمتعة .

التفريع :

إن حكمنا بالصحة : فتسليمُ الأرض مزروعةً هل يُوجب إثباتَ يَدِ المشتري ؟ فيه وجهان [5] ، ووجه الامتناع : أنه لا يَقْدر على الانتفاع . ومن الأصحاب مَنْ طرد هذا في تسليم الدار المشحونة بالأمتعة .

ومنهم مَنْ فَرّق ؛ إذ التشاغلُ بالتفريع [6] ثَمّ ممكنٌ [6] في الحال ، بخلاف الزرع ، ثم المشتري

---

(١) في (ب) : « أن » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « قولين » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) أصح هذين الوجهين : أنه يُحكمُ بمصير الأرض في يد المشتري . انظر الروضة : (٣ / ٥٣٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٢) .

(٦) في (ب) : « ممكن ثم » .

إن لم يَعْلم بالزرع فله الخيار ، فإن أجاز ؛ فهل له طلبُ أجرةِ تيكَ المدة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ كما لا يُطالب بأرش العيب عند الإجارة .

والثاني : نعم ؛ لأن المنفعةَ متميزة عمّا قابله الثمن [1] .

أما الدفائن : فلا تندرج تحت البيع ، حتى الحجارة المدفونة ، إلا أن تكون مركبةً في أساس البنيان والجدار ، فيندرج حيث يندرج الجدار ، وإن كانت الحجارة مخلوقةً في الأرض ، اندرجت تحت اسم الأرض ، ثم المشتري إن كان عالمًا باشتمالِ الأرض على الحجارة المدفونة : فلا خيارَ له وللبائعِ النقلُ وإنْ أَضَرَّ بالمشتري ، ولو أبى فللمشتري إجبارهُ على تفريغِ ملكهِ وإن كان لا يتضرّر المشتري ببقائها .

وفيه وجه : أنه إذا لم يتضرَّرْ لم يُجْبِرْه على النقل .

أما إذا كان جاهلًا ؛ فإن لم يكن في النقل ضَرَرٌ فلا خيار .

وإن كان ضررٌ في حصول وِهَادٍ في الأرض ، وأمكنَ تسويةُ الأرضِ على قُرْبٍ : فلا خيارَ أيضًا ، كما إذا عَرضَ في السقف عارضٌ قبل القبض يمكن إزالتُه على قربٍ .

ويجب تسويةُ الأرض [2] على البائع ، ولا يلزمُه أرشُ النقصان بالحَفْرِ ، بخلاف هَدْم الجدار ؛ لأن الجدارَ يتفاوت بناؤه ، وإعادتُه قد لا تُماثل الأولَ ، فأما هذا فمن قبيلِ ذوات الأمثال في المضمونات .

أما إذا تضرَّر بسبب تعطُّلِ المنفعة في مدة ، أو كان الحفر يُحْدِث [3] عيبًا [بأن كان] [4] يمنع عروقَ الأشجار من الانبثاث ؛ فله الخيار ، فإن فسخ فذاك ، وإن أجازففي

---

(١) قال في الروضة : « هل له الأجرة في مدة بقاء الزرع ؟ قطع الجمهور بأنْ لا أجرة . وقيل : وجهان ، الأصح : لا أجرة ، وتقع تلك المدةُ مستثناة ، كمن باع دارًا مشحونة بأمتعة لا يستحقّ المشتري أُجرة لمدة التفريغ » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٢) .

(٢) في (أ) : « الحضر » .

(٣) في (ب) : « تحدث » .

(٤) زيادة من (ب) .

المطالبة بأجرة المثل خلافٌ منشؤه : تمييز الأجرةِ عن أرش العيب .

وفي طلب أرش النقصان بتعيُّبِ الأرض خلافٌ منشؤه : أن جناية البائع هل تكون كجناية / الأجنبيّ [١] ؟ ٧٣/ب

فرعان :

أحدهما : لو كانت الأرض تتضرّر بالنقل دون الترك ، وأثبتنا للمشتري الخيارَ ، فقال [له] [٢] البائع : لا أنقل ؛ بطل خيارُ المشتري ولزم تركُه أبدًا كالنعل على [٣] الدابة .

ثم يُنظر : فإن قال : وهبتُ منك الحجارةَ ، وقَبِلَ وكان بحيث يَقْبَلُ الهبة لوجود الشرائط من الرؤية والتسليم وغيره : ملكه المشتري على الظاهر .

وفيه وجهان : أنه لا يملك وإن وُجدت الشرائط ؛ لأنه ليس متبرعًا ، وإنما يبتغي [٤] به نَفْيَ الخيار فحقيقتُه إعراض .

وفيه وجه آخر : أنه يملك وإن لم توجد شرائطُ الهبة ؛ لأنه كالمستفاد ضمنًا وتبعًا [٥]

---

(١) قال في الروضة : « ثم إن اختار المشتري إمضاءَ البيع ، لزم البائع النقلُ ، وتسويةُ الأرض سواء كان النقلُ قبل القبض أو بعده ، وهل تجب أجرةُ المثلِ لمدة النقل ؟ نُظر ، إن كان النقل قبل القبض بُني على أنّ جناية البائع قبل القبض كآفةٍ سماوية ، أم كجناية الأجنبيّ ؟ إن قلنا بالأول لم تجب ، وإلا فهو كما لو نقل بعد القبض .

وإن كان النقلُ بعد القبض ففي وجوبها وجهان ؛ أصحهما - عند الأكثرين - : تجب ، كما لو جنى على المبيع بعد القبض ، عليه ضمانه . وإن اختصرتَ قلتَ : في الأجرة أوجه . أصحها ثالثُها : إن كان النقل قبل القبض لم يجب ، وبعده يجب . ويجري هذا الخلاف في وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية عيبٌ » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٢ ، ٥٤٣) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « في » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يبغي » .

(٥) في الأصل : « ومعا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

وليس مقصودًا ؛ فيحصل للضرورة . [و] (١) أما إذا [قال] (٢) : تركتُ الحجارة ، فالظاهر : أنه لا يملك بهذا اللفظ ، بل هو إعراض .

وفيه وجه : أنه يُجعل تمليكًا ؛ لأنه فات به حَقُّ الخيار ؛ فَلْيَحْصُل في مقابلته مِلْكٌ وهذا التفصيل يجري في مسألة النعل ، وإن لم نذكره .

[ثم] (٣) الثاني : إذا كان في الأرض حجارةٌ خِلْقية تمنع عروقَ الأشجار من الانبثاث ، فهل يكون هذا عيبًا مُثبتًا للخيار ؟ فيه وجهان :

ووجه المنع : أن الانتفاع بالبناء ممكنٌ ، فإن (٤) تعذَّر الغِراس ؛ فهذا فواتُ كمالِ المقاصد ، فلا يُعَدُّ عيبًا مذمومًا منقصًا (٥) .

وعندي : أنّ هذا يختلف باختلافِ المواضع والمقصودِ في الاعتياد .

اللفظ الثاني : الباغ (٦) :

وفي معناه : البستان والكرم ، ويندرج تحتها الأشجار والقضبان ، وفي اندراج العريش - الذي تُوضع عليه القضبان تحت لفظ الكرم - تردُّدٌ للشيخ أبي محمد والأصح : الاندراج ؛ للعرف .

ولو كان في طرف البستان بناءٌ ففي اندراجه تحت مطلقِ الاسمِ خلافٌ كما في اسم الأرض .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « وإن » .

(٥) قال في الروضة : « الحجارة إن كانت مخلوقة في الأرض ، أو مُثْبتة دخلت في بيع الأرض . فإن كانت تَضُرُّ بالزرع والغرسِ ، فهو عيبٌ إن كانت الأرض تُقْصد لذلك . وفي وجه ضعيف : أنه ليس بعيبٍ وإنما هو فواتُ فضيلةٍ .

إن كانت مدفونة فيها لم تدخل في البيع ، كالكنوز والأقمشة في الدار . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٥٤١) .

(٦) كلمة : « الباغ » : غير واضحة في (أ) .

وأما اسمُ القرية والدَّسْكَرة : فيستتبع [1] الأبنية والأشجار جميعًا ، لأنّ العبارة موضوعةٌ لها ، وكلٌّ ذلك لا يستتبع الزرع الظاهر ، ولا البذر وإن كان كامنًا ، إلا أصول البقل (٢ كما سبق ٢) .

* * *

(١) في الأصل : « يستتبع » . والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « كما ذكرناه » .

اللفظ الثالث : الدار .

ولا يندرج تحتها المنقولاتُ ، كالرُّفوف المنقولة ، والسَّلاليم ، والسُّرر والحاصلُ من ماء البئر منقولٌ لا يندرج ، وقيل : إنه يندرج كالثمار التي لم تُؤبَّر ، والنفطُ الحاصل (١من المعدن ١) لا يندرج .

واستثنى صاحبُ التلخيص عن المنقولات مفتاحَ بابِ الدار ، فإنه يندرج (٢) تبعًا للمغلاق (٣) ، ونُوزِعَ فيه ، وما ذَكَرَه أولى .

وأما الثوابت - وهو ما أُثْبِتَ للدوام من تتمة الدار ، كالأبنية ، والأبواب ، والمغاليق وما عليها من السَّلاسل والضَبَّات (٤) - : فيندرج ، وكذا المراقي الثابتة من الآجُر والرفوفِ المثبتة من نفس البناء ، وحَمَّام الدار إن كان لا يستقل دون الدار : اندرج ، وإن استقل : فهو من الدار كالبناء من البستان .

وترددوا في ثلاثة أمور :

أحدها : الأشجار . وفيها ثلاثة أوجه : أحدها : أنها لا تندرج تحت اسم الدار ؛ فإنها ليست من أجزاء الدار . والثاني : أنها تندرج ؛ لأن الدار قد تشتمل على الأشجار . والثالث : وهو الأعدل - : أنه إن كان بحيث يُمكن تسمية الدار بستانًا لم تَنْدرج [تحت اسم الدار] (٥) ، وإلا يندرج (٦) .

---

(١) في (ب) : « من المعدن في المعدن » ، ولم أثبتها لكونها زيادة غير مفيدة .

(٢) في الأصل « مُدْرَج » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل : « المغالق » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل : « الضِّباب » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « كان تابعًا » .

قال في الروضة : « ولو كان في وسطها شجر ، ففي دخوله الخلافُ السابق في لفظ الأرض . ونقل الإمام في دخولها ثلاثةَ أوجهٍ . ثالثها : إن كَثُرت بحيث يجوز تَسميةُ الدار بُستانًا لم تدخل ، وإلا دخلت » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٥ ، ٥٤٦) .

الثاني : حَجَر الرّحي ، وفيه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يتبع ؛ لأنه مثبت للبقاء . والثاني : لا ؛ لأنه ليس من مرافق الدار ، وإنما أُثْبِتَ لِتَيْسيرِ الانتفاع . والثالث : [أن] (١) الأسفل يندرج دون الأعلى (٢) ، ولا خلاف في اندراجها تحت اسم الطاحونة .

الثالث : الإجّانَات المثبتة للصبغ : تُنَزَّل منزلة (٣) الحجر الأسفل من الرحى ، إلا إذا باع باسم المدبغة أو المصبغة .

والسَّلاليمُ والرفوقُ المثبتة بالمسامير في معنى الإجّانات .

اللفظ الرابع : اسمُ العبد .

في بيع العبد لا يتناول مال العبد ، وإن قلنا : إنه يَمْلِك بالتمليك ، وفي ثيابه التي عليه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لقصور اللفظ مع أنّ الثوبَ ليس جزءًا منه (٤) . والثاني : نعم ؛ لقضاء العرف به . والثالث : أنه يدخل ما يَسْتتر به العورة دون غيره .

ولعل العذار من الفرس ، (٥ كساتر العورة ٥) من العبد ، لأن للعرف فيه حكمًا ظاهرًا .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) الأصح : أن الأعلى والأسفل من حَجَرَيّ الرّحى يتبع الدار . انظر الروضة : (٣ / ٥٤٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٤ ، ٨٥) .

(٣) في (أ) : « مُنزَّل » ، وفي (ب) : « فَتُنَزَّل » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٤٨ ، ٥٤٩) .

(٥) في (ب) : « كالساتر للعورة » .

اللفظ الخامس : الشجر .

وهو في جانب العلو يتناول الأغصانَ والأوراق ، وكذا [(١)] ورق الفرصاد ، إلا على رأي بعضِ الأصحاب في تشبيهها بالثمار المؤَبَّرة .

وفي جانب السفل : يتناول العروق ، ويوجب استحقاق الإبقاء في أرض البائع ؛ فيصير المغرس مُستحقًّا للإبقاء ، وهل نقول : إنه صار ملكًا ؟ فيه قولان [(٢)] :

أحدهما : نعم . لأنه اسْتُحق إبقاؤه فيها على التأبيد واللزوم ؛ فلا يمكن أن يُجْعَل إعارةً ولا إجارةً ؛ فلا بد وأن يُجعل ملكًا تابعًا .

والثاني - وهو الأصح - : أنه لا يملك ، إذ [(٣)] اللفظ قاصرٌ عنه ، والمغرس أصل فكيف يكون تبعًا ؟ نعم ، استحق الإبقاء على العادة ، كما يستحق إبقاء الثمار على الأشجار على العادة من غير ملك الأشجار ، ومن غير تقدير إعارة وإجارةٍ ، هذا إذا لم يكن على الأشجار ثمارٌ ، فإنْ أثمرتْ وكانت الثمارُ غَيْرَ مؤبَّرَةٍ : دخل في [(٤)] العقد ، كما يدخل الحمل من الجارية في البيع بلفظ الجارية ، لاجتنانه بجزء منها .

وإن كانت مؤبرة : بقيت على ملك البائع لقول رسول الله ﷺ : / « مَنْ باع نخلةً ٧٤/أ بعد أنْ تُؤَبَّر فثمرتُها للبائع ، إلا أنْ يشترطها المبتاع » [(٥)] .

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « ولذا » ، والمثبت من (ب) .

(٢) ذكر في الروضة أنهما وجهان . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٦) .

(٣) في الأصل : « إذا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « دخلت » .

(٥) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٦٩) (٣٤) كتاب البيوع (٩٠) باب من باع نخلًا قد أبرت (٢٢٠٤) . ومسلم : (٣ / ١١٧٢) (٢١) كتاب البيوع (١٥) باب من باع نخلًا عليها ثمر (١٥٤٣) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٦) كتاب البيوع باب في العبد يُبَاع وله مال (٣٤٣٣) ، والترمذي : (٣ / ٥٤٦) . (١٢) كتاب البيوع (٢٥) باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير ، والعبد له مال (١٢٤٤) ، والنسائي : (٧ / ٢٩٦) (٤٤) كتاب البيوع (٧٥) باب النخل يباع أصلها ويَسْتثني المشتري ثَمَرَها (٤٦٣٥ ، ٤٦٣٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٤٦) (١٢) كتاب التجارات (٣١) باب ما جاء فيمن باع نخلًا مؤبرًا أو عبدًا له مال (٢٢١١) .

وأبو حنيفة - رحمه الله - لما أنكر القولَ بالمفهوم حكم بأنّ غير المؤبرة أيضًا تَبْقَى على ملك البائع ، فإنه ليس جزءًا من نفس الشجرة [1] .

والمراد بالتأبير : أن يتشقق الكمام حتى تبدو عناقيدُ الثمر من الطلع ، ومناطُ انقطاع التبعية ظهورُ الثمار ، فيلتحق [2] به الظهور في كل ما يظهر في ابتداء الوجود ، كالتين .

وكذلك ما يبدو بالتشقق كالورد يتشقق كمامه ، وكالمشمش والخوخ إذا تشققت أنوارُها وتصلَّبت الحبات ، وما دامت لا تنعقد ثمرةً لِصِغَرِها تندرج تحت البيع .

والأصح : أن القشرة العليا على الجوز ليس ساترًا [3] . وإن [كان] [4] أكمة الفحول قبل التشقق تندرج تحت البيع كالإناث .

فإن قيل : كيف يُشْترط البدوُّ في كل عنقودٍ وثمرةٍ للحكم بالبقاء على ملك البائع ؟

قلنا : لمَّا عَسِرَ ذلك أقام الفقهاء وقت التأبير مقام التأبير ، حتى إذا تَأَبَّرَتْ واحدةٌ صارت وغير المؤبرة تابعًا للمؤبرة في البقاء على الملك ، هذا بشرط أن يكون المؤبر وغير المؤبر (٥ في البقاء ٥) متحدَّ النوع ، وداخلًا تحت صفقة واحدة .

ولو وُجِدَ اتحادُ النوع ولكن اقتصر العقدُ على غير مؤبر ، أو شملها العقد ولكن اختلف النوع ، فوجهان :

أحدهما : أنه [6] لا اتباع ؛ لأن التفصيل لا عُسْرَ فيه مع هذا الاختلاف .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن الشجرة أو النخلة إذا أثمرت وكانت الثمار غير مؤبرة ، فإن هذه الثمار تدخل في البيع وتكون للمشتري ، أما إذا كانت الثمار مؤبرةً فإنها تبقى في ملك البائع .

ومذهب الحنفية : أن من باع نخلًا أو شجرًا فيه ثمر ، فإن الثمر يكون للبائع ، سواء أُبِّر أم لم يؤبَّر .
انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٠) ، مختصر الطحاوي : (٧٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٢٧) .

(٢) في الأصل : « فليلحق » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بساتر » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٦) في الأصل : « أن » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

والثاني : الاتباع ؛ حسمًا للباب ، فإن النوع الواحد أيضًا قد يتفاوت ويهون تفصيله في بعض الصور [١] .

وشرط أبو علي بن أبي هريرة شرطًا ثالثًا ، وهو : أن تكون التي لم تؤبر مطلعة حتى تبقى تبعًا [٢] للمؤبرة . وخالفه كافةُ الأصحابِ ، وهو قريب من اختلاف النوع ، وبين الفحول والإناثِ اختلافُ نوعٍ .

فإن قيل : فإذا بقيت على ملكه ، فهل يجب القطع في الحال تفريغًا للأشجار ؟ وإن لم يجب ، فكيف يُفْرض القيام بِسَقْي [٣] الثمار والأشجار [٣] .

قلنا : الإبقاء مستحقٌّ للبائع إلى أوانِ القطاف ، وهذا مُوجب العرف ، لا كتفريع الدار عن الأقمشة . فإن ذلك مما يقتضيه العرف أيضًا فلم يَجُزِ [٤] الإبقاء ، بل هذا [٥] كالزرع ، وقد ذكرنا أن الإبقاء مستحق فيه . ثم مَنْ يحتاج إلى السقي : فله أن يَشتقل به إذا لم يَضُرَّ بالآخر ، ولم يكن للآخرِ مَنْعُه .

ولو كان السَّقْيُ يضرّ بواحدٍ ، وتركُه يَضُرُّ بالآخر ، وتنازعا ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن المشتري أولى بالإجابة : إذِ التزمَ له البائعُ سلامةَ الأشجار .

والثاني : البائع أولى ، فإنه استحقَّ إبقاء الثمار .

---

(١) قال في الروضة : « وإن باع نخلات أُبِّر بعضُها فقط ، فله حالان :

أحدهما : أن يكون في بستانٍ واحدٍ ، فينظر ، إن اتحد النوعُ والصفقةُ فجميعُ الثمار للبائع . وإن أفرد بالبيع غير المؤبَّر فالأصح أنّ الثمر للمشتري ؛ والثاني : للبائع اكتفاءً بوقت التأبيرِ عنه . وإن اختلف النوعُ فالأصح أنَّ الجميع للبائع . وقال ابن خيران : غير المؤبَّر للمشتري ، والمؤبر للبائع .

الحال الثاني : أن يكون في بُسْتانَيْنِ ، فالمذهب : أنه يُفرد كل بُستان بحكمه . وقيل : هما كالبستان الواحد ، سواء تباعَدَ البستانان أو تلاصقا » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٣) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « تابعًا » .

(٣) في (ب) : « الأشجار والثمار » .

(٤) في (أ) : « يجب » .

(٥) في (أ) : « هو » .

والثالث : أنهما يتساويان ، فإن اصطلحا فذاك ، وإلا فقد تعذر إمضاءُ العقد فَيَنْفَسِخ [١] .

فروع ثلاثة :

الأول [٢] : إذا كانت الثمار لو سُقِيَتْ لم يتضرر ، ولو تُركت تضررت الأشجارُ بامتصاصِها رطوبتَها ، فعلى البائع السَّقْيُ أو القَطْعُ . فإن لم يجد ماء [٣] ففي تكليفِه القطعَ وجهان [٤] .

الثاني : لو كان السَّقْيُ يَضُرُّ بجانبه ، وتركُه يمنع حصولَ زيادة في الجانب الآخر فَفَوّتَ الزيادة هل يُلْحق بالضرر حتى يتقابل الجانبان ؟ فيه وجهان [٥] .

الثالث : لو أصابت الثمارَ آفةٌ ، ولم يكن في تبقيتها فائدةٌ ، فهل يجب الآن تفريع الأشجار ؟ ذكر صاحب التقريب قولين [٦] .

وهذه التوجيهاتُ بيّنةٌ ، وتعارُضُ الاحتمالاتِ ظاهرٌ .

* * *

---

(١) قال في الروضة : « وإن أضرَّ بالثمار ونَفْع الأشجار ، فأراد المشتري السَّقْيَ ، فَمَنَعه البائعُ ، فوجهان :

أحدهما : له السَّقْيُ . وأصحهما : أنه إنْ سامح أحدُهما بحقّه أُقِرّ ، وإلا فُسخ البيعُ ، وإن أضرَّ بالشجر ونفع الثمار ، فتنازعا ، فعلى الوجهين ، الأصح : يفسخ إن لم يُسامِح . والثاني : للبائع السَّقْيُ . هذا نُقْلُ الجمهور . وقال الإمام : في الصورتين ثلاثة أوجه . أحدها : يُجَاب المشتري . والثاني : يُجاب البائع . والثالث : يتساويان » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٤٤ - ٥٥٥) .

(٢) في (ب) : « أحدها » .

(٣) في (أ) : « الماء » .

(٤) قال في الروضة : « لو لم يَسْقِ البائع ، وتضررَ المشتري ببقاء الثمار لامتصاصها رطوبةَ الشجر ، أُجْبِرَ على السقي أو القطع . فإن تعذّر السقيُ لانقطاع الماء ، ففيه القولان السابقان ، أظهرهما : ليس له إبقاء الثمر .

قلت : هذان القولان فيما إذا كان للبائع نَفْعٌ في ترك الثمرة . فإن لم يكن وَجَب القطع بلا خلاف ، كذا قاله الإمامُ وصاحبُ « التهذيب » . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٥) .

(٥) هذان الوجهان عند الإمام كما في الروضة : (٣ / ٥٥٥) .

(٦) وفي مغني المحتاج : أنه ليس له إبقاءُ الثمار . انظر مغني المحتاج : (٢ / ٨٨) .

اللفظ السادس : أسامي الثمار :

ومطلقُ بيعِها يقتضي استحقاقَ الإبقاء إلى أوان القطاف ، وإن لم يصرح به ؛ لعمومِ العُرْف ، إذ القرينةُ العرفية كاللفظية [١] ولذلك نُزِّلَ العرفُ في المنازل وآلاتِ الدابة في باب الإجارة منزلةَ التصريح [٢] .

ولو جرى عرفٌ بقطع العنب حصرمًا ، [٣] لأنه لا تتناهى نهايتُه [٣] أو جرى العرف بالانتفاع بالمرهون من المرتهن : فقد منع القفال المسألتين ، وقال : هو كالتصريح [٤]، وخالفه غيره لأن المتبع ها هنا [٥] [هو] [٦] العرف العام [٧] ، لا عُرْفَ أقوامٍ على الخصوص [٨] .

وهذا يلتفت على ما لو اصطلح العاقدان في النكاح على أن يعبروا بالألفين [٩] عن ألف [٩] تخييلًا لكثرة المهر أن اللازم الألفُ أم [١٠] الألفان ؟ لأن مثاره أنّ الاصطلاحَ الخاصّ هل يلتحق بالاصطلاح العام في اللغات وكذا في العرف ؟

ثم لابد من التنبه لثلاث شرائط في بيع الثمار :

الشرط الأول : أنه لابد من شرط القطع إنْ بِيعَ قبل بُدُوِّ الصلاح ، فإن شَرَطَ التبقية : بطل ، وإن [١١] أطلق لكان كشرط التبقية . خلافًا لأبي حنيفة في

---

(١) في الأصل : « كاللفيظة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « الصريح » .

(٣) في (أ) : « لأنه لا تنتهي نهايته » ، وفي (ب) : « لأنه لا ينتهي غايته » .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٥) .

(٥) قوله : « هاهنا » : ليس في (ب) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قوله : « العام » : ليس في (ب) .

(٨) انظر مشكلات الوسيط للحموي .

(٩) في (أ) ، (ب) : « بألفين عن ألف » .

(١٠) في (أ) : « أو » .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « ولو » ، والمثبت من (أ) .

المسألتين [١] .

والمعتمد : [٢] ما رُوي : « أنه – عليه السلام – نهى [٢] عن بيع الثمار حتى تزهي » ، ورُوي [٣] حتى [أن] [٤] تنجو [٥] من العاهة [٦] .

وسببُه : أن التسليم لا يتمّ إلا بالقطاف ، والجوائحُ غالبةٌ في الابتداء ؛ فلم تكن القدرةُ على التسليم موثوقًا بها .

ومنهم مَنْ علل تَضَرُّرَ الأشجار بكثرة امتصاص الثمار رطوبتَها في الابتداء . وهو فاسد على ما تبيَّنَّ فسادُه في التفريع .

---

(١) **مذهب الحنفية** : أنه مَنْ باع ثمرة ولم يَبْدُ صلاحُها أو قد بَدَا : جاز البيع ، ووجب على المشتري قطعها في الحال ، فإن اشترط تركَها على النخل أو الشجر . فإن أبا حنيفة وأبا يوسف – رضي الله عنهما – قالا : البيع على ذلك فاسدٌ . وقال محمد : إن كان صلاحها لم يَبْدُ فالبيعُ فاسدٌ ، وإن كان قد بدا فالبيع جائزٌ والشرط جائز . انظر مختصر الطحاوي : (٩٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٦ ، ٧) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٢٢٧ ، ٢٢٨) .

(٢) في (أ) : « عن النبي ﷺ » ، وفي (ب) : « ما روى أنه نهى عليه السلام » .

(٣) في الأصل : « ويُروى » ، وفي (ب) : « وروت » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تنجوا » .

(٦) انظر في ذلك صحيح البخاري : (٤ / ٤٦٠ – ٤٦٥) (٣٤) كتاب البيوع أبواب : (٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧) أحاديث رقم : (٢١٩٣ ، ٢١٩٤ ، ٢١٩٥ ، ٢١٩٦ ، ٢١٩٧ ، ٢١٩٨ ، ٢١٩٩) ، ومسلم : (٣ / ١١٦٥) (٢١) كتاب البيوع (١٣) باب النهي عن بيع الثمار قبل بُدُوِّ صلاحها بغير شرط القطع (١٥٣٤ ، ١٥٣٥) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٠) كتاب البيوع – باب في بيع الثمار قبل أن يَبْدُوَ صلاحُها (٣٣٦٨) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٩) (١٢) كتاب البيوع (١٥) باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحُها (١٢٢٦ / ١٢٢٧) ، والنسائي : (٧ / ٢٦٢ – ٢٦٤) (٤٤) كتاب البيوع (٢٩) باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٤٥٢٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٤٦) (١٢) كتاب التجارات (٣٢) باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢٢١٧) وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٨) حديث رقم : (١١٧٩) .

=

وإذا شرط القطع : صحَّ ، ولم يندرج [(١)] تحت النَّهْي ؛ لفقد العلة وتخصيص النهي بما يعتاد ، أما القطع قبل بدوِّ [(٢)] الصلاح فَغَيْرُ معتادٍ ، وكذلك لو اشترى البطيخ قبل بُدُوِّ الصلاح لابد من شرط القطع ، وإن اشترى مع أصوله [(٣)] / ؛ إذ لاثَبَاتَ لأصوله [(٤)] ، ٧٤ / ب (°وهو مع الأصول متعرض °) للآفات ، ولو باع الثمار مع الأشجار لم يشترط القطع ؛ لفَقْدِ العلة ، إذ تم التسليم بتسليم الأشجار وأَمِنَ [من] [(٦)] العاهة . فَوِزَانُه أنْ يبيع البطيخ مع الأرض .

والأصح : أنّ الثمار لو كانت [(٧)] لغير مَنْ له الأشجار ، فاشتراها صاحبُ الأشجار لا يشترط القطع لفقد العلة ، وحصول تمام التسليم . وفيه وجهٌ للنظر إلى عموم النهي وهو بعيدٌ ، إذ لو شرطه لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجار نفسه [(٨)] . وكذلك لو باع الأشجارَ وبقيت الثمار على ملكه ، فلا يشترط القطع وإن انقسم الملكُ ؛ لأن المبيع هو الشجر وهو آمنٌ من العاهة ، والثمرُ مملوكٌ بحكم الدوام فلا ينقطع بالتعرض للعاهة .

نعم ، لو كانت الثمارُ بحيث تندرج لو أطلق العقد ، فاستثناها فالبقاء على هذا

---

(١) في الأصل : « يُدرج » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة : « بدّو » : ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « أصولها » . (٤) في (أ) ، (ب) : « أصولها » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « وهي مع الأصول متعرضة » .

(٦) قوله : « من » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « كان » ، والمثبت من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « الصورة الثانية : أن تكون الأشجار للمشتري ، بأنْ يبيع إنسانٌ شجرةً وتبقى الثمرةُ لهُ ، ثم يبيعه الثمرةَ ، أو يوصي لإنسانٍ بالثمرة فيبيعها لصاحب الشجرة ، ففي اشتراط القطع وجهان ، أصحهما عند الجمهور : يُشترط ، ولكن لا يلزمه الوفاءُ بالشرط هنا ، بل له الإبقاء ، إذ لا معنى لتكليفه قَطْعَ ثماره عن أشجاره » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٥٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٨٩) .

الوجه مُلْحَقٌ باختلاف المبتدأ ، أو بالاستدامة ؟ فيه خلافٌ للأصحاب .

ثم اتفق الأصحاب على أنّ بدوَّ الصلاح (1 كافٍ في البعض 1) لسقوط هذا الشرط ؛ إقامةً لوقتِ الصلاح مقامَ نفسه ؛ دفعًا للمعسر ، كما في التَّأبير .

هذا بشرطِ اتحادِ البستان وشمول الصفقة واتحاد الملك ، فإن اختلف البستانُ أو الملكُ أو تعدَّدت الصفقة ففي كل ذلك وجهان [2] بعد الاتفاق على اشتراط اتحاد الجنس ، وأما النوع فهو كما سبق في التأبير ، فميلُ العراقيين إلى مراعاة اتحاد البستان ، ولم يتعرض الأصحابُ للبستان في التأبير ، نعم [3] ثم المرادُ بِبُدُوِّ الصلاح في الثمار : بأنْ يطيبَ أكُلها ، وذلك في البطيخ لظهور [4] [مبادئ] [5] الحلاوة ، وفي العنب الأبيضِ بالتموُّه [6] ، وفي غيره بالتلون ، وفي الزرع بزوالِ الخُضْرَة .

وأما البقل فإنْ بيع مع الأصول فلا يُشترط القطعُ ، فإنه لا يتعرض لعاهةٍ ، وإنْ بيع دون الأصول نزل على القطع ، فإنه يحذر من التأخير النمو ، واختلاط ما دخل تحت العقد بما لم يدخل .

الشرط الثاني : أنْ تكون الثمار قد انكشفت من أكمتها ، على قول بطلان بيع [7] الغائب ، إلا ما في إبقائه فيه صلاح ، كالرمان .

---

(1) في (أ) ، (ب) : « في البعض كافٍ » .

(2) قال في الروضة : « وإن اتحد الجنس ، فالكلامُ في اتحاد البستان وتعدده . وإذا اتحد ففي بيعها صفقة واحدة وإفراد ما لم يَبْدُ فيه الصلاح بالبيع . وحكم الأقسام كلها على ما سبق في التأبير بلا فرق ، حتى أن الأصح : أنه لا تبعية عند الإفراد ، وأنه لا أثر لاختلاف النوع ، وأنه لا يتبع بُستانٌ بُستانًا » . انظر روضة الطالبين: (٣ / ٥٥٧) .

(3) زيادة من (أ) .

(4) في (أ) : « بظهور » .

(5) زيادة من (أ) .

(6) في (أ) : « بالتمويه » .

(7) في الأصل : « مع » ، والمثبت من (أ) ، (ب) ، وهو الأصح .

واختلفوا في الباقلاء والجوز أن إبقاءها [1] في القشرة العليا ، هل فيه صلاح ؟

والظاهر في الباقلاء أنه صلاح ، وقد صحّ أن الشافعي - رضي اللّه عنه - أَمَرَ بأنْ يشترى له الباقلاء [2] الرطب [3] .

وأما الحنطة [4 في سنبلها والأرز في القشرة ، ففيه ثلاثة أوجه 4] :

أحدها : أنَّ فيها [5] صلاحًا . والثاني : أنه لا صَلَاح . والثالث : أنّ صلاح الأرز فيه دون صلاح الحنطة [6] .

---

(١) في الأصل : « بقاءه » ، والمثبت من (أ) و (ب) .

(٢) في الأصل : « الباقلي » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) قال في الروضة : « وأمّا ما له كمامان يزال أحدهما ويبقي الآخر إلى وقت الأكل ، كالجوز واللوز والرانج فيجوز بيعُه في القشر الأسفل ، ولا يجوز في الأعلى ، لا على الشجر ولا على الأرض . وفي قول : يجوز في القشر الأعلى ما دام رطبًا .

وبيع الباقلاء في القشر الأعلى فيه هذا الخلاف . وادّعى إمام الحرمين أن الظاهر فيه الصحة ؛ لأن الشافعي - رضي اللّه عنه - أمر أن يُشترى له الباقلاءُ الرطبُ . قلت : المنصوص في « الأم » : أنه لا يصح بيعُه . قال صاحب « التهذيب » وغيره : هو الأصح ، وبه قطع صاحب « التنبيه » .

هذا إذا كان الجوز واللوز والباقلاء رطبًا ، فإن بقي في قشره الأعلى ، فيبس لم يَجُز بيعه ... » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٠ ، ٥٦١) .

(٤) في (أ) : « في سُنبلها والأرز في قشره ، فيه ثلاثة أوجه » . وفي (ب) : « في السُّنبل والأرز في القشر فيها ثلاثة أوجه » .

(٥) في الأصل : « فيه » ، وفي (أ) : « فيها » ، والمثبت من (ب) .

(٦) قال في الروضة : « وأمّا ما لا يُرى حَبُّه في سنبله ، كالحنطة ، والعدس ، والسمسم ، فما دام في سنبله لا يجوز بيعُه مفردًا عن سنبله قطعًا ، ولا معه على الجديد الأظهر ، كبيع تِراب الصاغة ، وكبيع الحنطة في تبنها فإنه لا يصح قطعًا . وفي الأرز طريقان . المذهب : أنه كالشعير ، فيصح بيعه في سنبله . وقيل كالحنطة » . انظر روضة الطالبين (٣ / ٥٦١) .

وأما الشعير ، فهو (١ باديءُ الحب ١) من السنابل ، فيجوز بيعه .

وقد ذكرنا أحكامَ بيعِ الغائب ، والذي نَزيُده قَطْعَ بعض الأصحاب ببطلانِ بيع الذهب في تراب المعدن . (٢ ولا يستقيم ذلك إلا بالتفريع على إبطال بيعِ الغائب ، إذ لو باعه في الكم لجاز ، فما الفرقُ بينه وبين التراب ؟ ولو بيع اللحمُ في الجلد قبل السَّلخ مع الجلد فهو خارج على بيع الغائب ، وقد نقلنا في بابه عن الشيخ أبي على القطْعَ بالبطلان أيضًا ، والأظهرُ ما نقلناه الآن ٢) (٣) .

الشرط الثالث : أن يحذر (٤ بيع الربا ٤) فلا تباع الثمار بجنسها ، فإنْ باع الحنطة في سنبلها بالحنطة فهي المحاقلة ، وقد نَهَى - عليه السلام - عنها (٥) وهي مشتقة من

(١) في (أ) : « بادي الحبات » ، وفي (ب) : « باد الحبات » .

(٢) في (أ) : « ولا يستقيم ذلك إلا بالتفريع إلا إبطال بيع الغائب ، إذ لو باع في الكُم لجاز ، فما الفرق بينه وبين التراب ، ولو باع اللحم في الجلد قبل السلخ مع الجلد فهو خارج على بيع الغائب ، وقد نقلنا عن الشيخ أبي علي في بابه القطع بالبطلان أيضًا ، والظاهر ما قُلناه » ، وفي (ب) : « ولا يستقيم ذلك إلا على تفريع إبطال بيع الغائب ، إذ لو باع في الكم لجاز ، فما الفرقُ بينه وبين التراب ؟ ولو بيع اللحم في الجلد قبل السلخ مع الجلد فهو خارج على بيع الغائب ، وقد نقلنا في بابه عن الشيخ أبي علي القطع بالبطلان أيضًا ، والأظهر ما نقلناه الآن » .

(٣) قال في الروضة بعد أن ذكَر حكم بيع الحنطة في سنبلها ، والباقلاء ، والأرز ، والشعير ، وغيرها - : « وهل المنع في صُوَر الفرعِ مقطوعٌ به ، أم مفرَّعٌ على مَنْع بيعِ الغائب ؟ قال الإمام : هو مفرَّع عليه . فإنْ جوَّزنا بَيْعَ الغائب صَحَّ البيعُ في جميعها . وفي « التهذيب » أنّ المنع في بيع الجزر ونحوه في الأرض ليس مفرَّعًا عليه ؛ لأن في بيع الغائب يمكن رَدُّ المبيع بعد الرؤية بصفته ، وهنا لا يمكن . قلت : هذا أصح ، ونقله الماوردي عن جمهور الأصحاب . ونقل عن بعضهم كقول إمام الحرمين في الجزر ونحوه . واللّه أعلم » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٦١) .

(٤) في الأصل : « عن الربو » ، وفي (ب) : « عن الربوا » ، والمثبت من (أ) .

(٥) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٤٩) (٣٤) كتاب البيوع (٨٢) باب بيع المزابنة (٢١٨٦ ، =

الحقْلِ ، وهي ساحةٌ يُزْرع فيها ، سُمِّي الزرعُ بها للاتصال .

ولو باع الرطبَ بالتمرة فهو باطلٌ ، وهي المزابنة المنهيُّ عنها [(١)] وهو مشتقّ من الزَّبْنِ ، وهو الدَّفْع ، لأن هذه المعاملة [(٢] في الغالب تُفضي [٢)] إلى المدافعة والمنازعة .

وقد اسْتُثْنِيَ عنها العرايا ، وهي بيعُ الرطبِ خَرْصًا بمثل ما يرجع [(٣)] إليه الرطب عند التتمر [(٤)] من التمر فيما دون خمسة أوسق . لما رَوَىَ زيد بن ثابت أن محاويج الأنصار جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا [(٥)] : إن الرطب ليأتينا وفي أيدينا فضول [من] [(٦)]

= ٢١٨٧) ، ومسلم : (٣ / ١١٦٨) (٢١) كتاب البيوع (١٤) بابُ تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١٥٣٩) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٨) كتاب البيوع باب في التشديد في المزارعة (٣٤٠٠) (٣٤٠٤) (٣٤٠٥) ، والترمذي : (٣ / ٥٢٧) (١٢) كتاب البيوع (١٤) باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٢٢٤) (١٣٠٠) ، والنسائي : (٧ / ٢٦٣) (٤٤) كتاب البيوع (٢٨) باب بيع الثمر قبل أنْ يبدو صلاحه (٤٥٢٣ ، ٤٥٢٤ ، ٤٥٣٥) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٦١ ، ٧٦٢) (١٢) كتاب التجارات (٥٤) باب المزابنة والمحاقلة (٢٢٦٦ ، ٢٢٦٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٨) . حديث رقم : (١٢١٣) .

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٤٩) (٣٤) كتاب البيوع (٨٢) باب بيع المزابنة (٢١٨٥) ، ومسلم : (٣ / ١١٦٨ - ١١٧٢) (٢١) كتاب البيوع (١٤) باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١٥٣٩ ، ١٥٤٠ ، ١٥٤٢) ، وأبو داود : (٣ / ٢٤٩) كتاب البيوع باب في المزابنة (٣٣٦١)(٣٤٠٠) (٣٤٠٤)(٣٤٠٥)، والترمذي : (٣ / ٥٢٧) (١٢) كتاب البيوع (١٤) باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٢٢٤) (١٣٠٠) (١٣٠٣) ، والنسائي : (٧ / ٢٦٣) (٤٤) كتاب البيوع (٢٨) باب « بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه » (٤٥٢٣ ، ٤٥٢٤ ، ٤٥٣٣ ، ٤٥٣٤ ، ٤٥٣٥) . وابن ماجة : (٢ / ٧٦١ ، ٧٦٢) (١٢) كتاب التجارات (٥٤) باب المزابنة والمحاقلة (٢٢٦٥ ، ٢٢٦٦ ، ٢٢٦٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٢٩) حديث رقم : (١٢١٤) .

(٢) في (أ) : « تُفْضي في الغالب » ، وفي الأصل : « في الغالب يُفْضي » ، والمثبت من (ب) .

(٣) في (ب) : « يعود » .

(٤) في الأصل : « التمييز » ، والمثبت من (أ) ، (ب) وهو أصح .

(٥) في (أ) : « فقالوا » .

(٦) زيادة من (ب) .

قوت ، فأرخص لهم في العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق ، والشكُّ من الراوي (١) . ووجه الخروج عن قياس الربا : إقامةُ الخَرصِ مقام الكيل .

وقد وَردت الرخصةُ مقيّدةً بأربعة قيودٍ ، يتطرَّق النظرُ إلى كلها (٢) :

الأول : التقدير : فلا زيادة على خمسة أوسق ، وفي خمسة أوسق قولان ، لترددِ الرواية ، منهم من يُرجِّح جانبَ المنع إلا بيقينٍ ، ومنهم يُرجِّح جانب الجواز وتقدير (٣) الخرص أصلًا ، إلا في مَحَلٍّ تيقَّنَّا فيه المنع (٤) .

وقد يتخيل أنّ الغالب تقديرُ خمسة أوسق للجواز فيه ، لا لربطِ الجواز بقدر دونه ، وعلى هذا لو اشترى - في صفقات - ألفَ وسقٍ فلا حَجْرَ ، وإنما الحجر في صفقة واحدة .

ولو اشترى رجلانِ من واحد تسعةَ أوسقٍ من الرطب : جاز قطعًا ؛ إذ لم يَدْخل في ملك أحدِهما إلا ما دون القدر (٥) . وإن اشترى رجلٌ من رجلين فوجهان (٦) :

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٤٥٢) (٣٤) كتاب البيوع (٨٣) باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب أو الفضة (٢١٩٠) ، ومسلم : (٣ / ١١٦٨ ، ١١٧١) (٢١) كتاب البيوع (١٣) باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (١٥٣٩) ، وأخرجه عن أبي هريرة حديث رقم : (١٥٤١) ، وأبو داود عن زيد : (٣ / ٢٤٩) كتاب البيوع في باب بيع العرايا (٣٣٦٢) ، وأخرجه كذلك عن أبي هريرة حديث رقم : (٣٣٦٤) ، والترمذي : (٣ / ٥٩٤ ، ٥٩٥) (١٢) كتاب البيوع (٦٣) باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك (١٣٠٠ ، ١٣٠١ ، ١٣٠٢) ، والنسائي : (٧ / ٢٦٧) (٤٤) كتاب البيوع (٣٥) بيع العرايا بالرطب (٤٥٤٠ ، ٤٥٤١) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٦٢) (١٢) كتاب التجارات (٥٥) باب بيع العرايا بخرصها تمرًا (٢٢٦٨ ، ٢٢٦٩) .

(٢) في الأصل : « جملتها » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « وتغرر » ، وفي (ب) : « ويقدر » .

(٤) الأظهر من هذين القولين : عدم الجواز في خمسة أوسق . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٣) .

(٥) في (أ) : « خمسة أوسق » .

(٦) أصح هذين الوجهين : أنه كشراء رجلين من رجل . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٣) .

ووجهُ الفرق [(1] مشيرٌ إلى أن الالتفات على جانب [1)] مَنْ يدخل الرطب في ملكه ، لأن الرطبَ خرج التقديرُ فيه بالخَرْصِ عن القياس .

ولم يَبْنِ الأصحابُ ذلك على تعددِ حكمِ الصفقة بتعددِ البائع والمشتري ؛ لِمَا نبهنا عليه [من قبل] [(2)] ، مع أن الربا يتعلّق بجانب [(3] التمر والرطب [3)] جميعًا .

الثاني : أنّ العنب في معنى الرطب ، وسائر الثمار تُبْنى على جريان الخَرْص فيها . وفيه قولان مذكوران في الزكاة [(4)] .

الثالث : أنه وَرَدَ في بيع الرطب بالتمر ، فلو باع الرطبَ بالرطبَ ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : المنع ؛ اتباعًا للقيد [(5)] ، والتفاتًا إلى غرض [(6)] التفكُّه والحاجةِ إليه .

والثاني : الجواز إذ قد يختلف الغرض [(7)] / باختلاف الرطب ، [و] [(8)] الثالث : ٧٥/أ إن كان أحدهما موضوعًا على الأرض : جاز ليستبقي الباقي للتفكّه والرطوبةِ ، وإن كان

---

(١) في (أ) : « مُشير إلى الالتفات إلى جانب » ، وفي (ب) : « مُشير إلى أن الالتفات إلى جانب » .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « الرطب والتمر » .

(٤) الأظهر : أنه لا يجوز بَيْعُ العرايا في سائر الثمار ، كالخوخ ، والمشمش ، واللوز مما يدخر يابسُه ؛ لأنها متفرقةٌ مستورة بالأوراق فلا يتأتى الخَرْصُ فيها . انظر : مغني المحتاج : (٢ / ٩٤) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٥٨).

(٥) في الأصل : « للمقيد » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (ب) : « فرض » .

(٧) في الأصل : « العرض » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) زيادة من (ب) .

على الشجر فلا [(١)] [(٢)] .

الرابع : أنه ورد في المحاويج ، فمن يرى الخرصَ أصلًا ، يُلْحِقُ الأغنياءَ به [(٣)] ، ومَنْ

---

(١) قال الحموي : « قوله : (لو باع الرطب بالرطب ففيه ثلاثة أوجه) . وقال في الثالث : (إن كان أحدهما موضوعًا على الأرض ليستبقي الباقي للتفكه والرطوبة ، وإن كان على الشجر فلا) .

قال المصنف : « المنقول في كتب المذهب ثلاثة أوجه : أحدها : الجواز سواء كانا على الشجر أو على الأرض . والثاني : لا يجوز فيهما . والثالث : يجوز إن كانا على رءوس النخل ، وإن كان أحدها على رءوس النخل لم يجز ، فعلى هذا يكون الوجه الثالث الذي ذكره الشيح مخالفًا لسائر الكتب » .

قال الحموي : « وإن كان هذا الوجه غير منقول فإنه أكثر اتجاهًا من الذي قال : إن كان أحدُهما على وجه الأرض جاز وإن كانا على رءوس النخل لم يجز ؛ لأن الذي ذكره أقربُ شبهًا بالعرايا ؛ لأن أحدَهما على وجه الأرض والآخر على رءوس النخل ، أما إذا كانا على رءوس النخل فإنّه أبعد شبهًا . فعلى هذا لا يخلو هذا الوجهُ التي ذكره الشيخُ إما إن يكون ذكره بطريق الاستنباط أو بطريق النقل عن بعض أئمتنا أو رآه في بعض الكتب الذي لم نُشاهدها ، وأيّ ما كان فهو حسنٌ وما ذكره بعضُ الأصحاب فلعله وجهٌ آخر اطلع عليه ولم يذكره لِضَعْفه ، والله أعلم » .

(٢) قال في الروضة : « وجميعُ ما ذكرنا في بيع الرطب بالتمر ، فلو باع رطبًا على النخل برطب على النخل خَرْصًا فيهما ، أو برطبٍ على الأرض كَيْلًا فيه فأوجه : أصحها : لا يجوز ، قاله الإصطخري . والثاني : يجوز ، قاله ابن خيران . والثالث : إن اختلف نوعهما جاز ، وإلا فلا قاله أبو إسحاق . والرابع : جريانُ هذا التفصيل إن كانا على النخل ، فإن كان أحدُهما على الأرض لم يَجُز ، وحكي أيضًا عن أبي إسحاق .

ولو باع الرطبَ بالرطب على الأرض لم يصح على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال القفال : فيه هذا الخلافُ ؛ لأنه إذا جاز البيعُ وهُما على النخل ، واحتملت جهالةُ الخَرْصِ ، فالجوازُ مع تحقّق المساواة بالكيل أولى » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٣) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « بهم » .

لا يراه [1] [أصلًا] [2] تردّد ؛ ولأنّ الرخص لا تقصر بعد مهدها [3] على أربابها . والآن ، فبعد معرفة شرائط صحةِ البيع فلابد [4] من معرفة أحكام الطوارئ على الثمار قبل القطاف ، من الاجتياح [5] والاختلاط .

أما الاختلاط : فبالتلاحق ، وذلك إن كان مما يغلب فالبيع باطل ، وإن كان بعد بدوِّ الصلاح ؛ لأنّ ذلك يَعْسُر به التسليمُ أيضًا ، كوقوعِ الجوائح .

وذكر العراقيون وجهًا : أنه موقوف ؛ لأنّ هذا العُسْرَ يمكن دَفْعُه بهبة البائعِ ثمارَه، فإن [6] لم يَهَبْ : حكمنا بالبطلان ، أما إذا كان التلاحق نادرًا : حكم في الحال بالصحة ، فإن اتفق التلاحقُ قبل تسليم الأشجار ، ففي الانفساخ قولان :

أحدهما : ينفسخ ؛ لوقوع اليأس عن التسليم ، فهو كما لو وَقَعت دُرَّةٌ في لُجَّةِ بِحرٍ قبل التسليم .

والثاني : لا ؛ لأن دَفْعَ هذا العُسْرِ بهبة الثمار الجديدة مقدورٌ للبائع [7] ، وعلى هذا فله الخيار إن لم يهب ، وإن وهب بطل خياره كما ذكرنا [هـ] [8] في هبة الأحجار في [9] الأرض ، والنعل في الدابة ، وحكمُ التمليك والإعراضِ على ما سبق .

وذكر صاحب التقريب قولًا آخر [10] : أنه لا خيار [له] [11] ولا انفساخ ،

---

(١) في (أ) : « يرى » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « تمهدها » .
(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « لابد » ، والمثبت من (أ) .
(٥) في (أ) : « الاحتياج » .
(٦) في (أ) : « وإن » .
(٧) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٧) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٥٥) .
(٨) زيادة من (أ) .
(٩) في (أ) : « من » .
(١٠) كلمة : « آخر » : ليست في (أ) .
(١١) زيادة من (أ) .

ولكنهما مِلْكانِ اختلطا ، فصار كصبرةِ حنطةٍ .

الثالث : على حنطة الغير وهو بعيد لأنه أورث عُسْرَ التسليم في مبيع ها هنا ، فلو فُرِضَ ذلك في حنطةٍ مبيعة اطّرد الخلافُ . وهذا إذا كان قبل القبض . فإن تلاحَقَ بعد القبض فهو مَبْنِيّ على أنّ الجوائح مِنْ ضمان مَنْ ؟ فإن قلنا : مِنْ ضمان البائع ، كان كما قبل القبض ، وإلا فيتفاضلان بالخصومة أو الاصطلاح ، وكذلك إذا باع الأشجار وبقيت [له] (١) الثمارُ فتلاحقتْ فلا فَسْخَ ، فإن (٢) الثمار الجديدة ليست مبيعًا ولا مختلطًا بالمبيع . والمزنيُّ نَقَلَ تردُّدَ القولين في هذه الصورة ، واتفق المحققون على تخطئته (٣) . ومنهم مَنْ صَوَّبه وجَعَل الثمارَ المملوكةَ ملك (٤) الشجر المبيع كالمبيع ، وهو ضعيفٌ . فإن قيل : وكيف نفصل الخصومة ؟ قلنا : يَدَّعي أحدُهما مقدارًا ويُنكره (٥) الآخرُ ، ففي قدرِ الإنكارِ القولُ قولُ صاحب اليد ، وهذا في الحنطة .

وأما (٦) في الثمار على الشجر ، فإن قلنا : إنه من ضمان البائع فهو في يده ، وإن قلنا من (٧) ضمان المشتري فهو في يده . وقيل: إنه في يدهما ؛ لأنّ بائع الثمار له مداخلةٌ بوجوب (٨) السَّقْي عليه والمشتري صاحب اليد حسًّا .

العارض الثاني : الاجتياح .

فإن وقع قبل تسليم الثمار بتسليم الأشجار : فهو في (٩) ضمان البائع ، وإن كان

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « لأن » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « تخطيته » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « يملك » . (٥) الهاء في (وينكره) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « أما » .

(٧) في الأصل : « في » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) ، (ب) : « توجب » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « في » ، والمثبت من (أ) .

بعد التسليم فالمنصوصُ جديدًا : أنه من ضمان المشتري ؛ لأنه تسلّط [١] على التصرف بإثبات اليد [٢] .

والقول القديم : أنه من ضمان البائع ؛ إذْ لا خلافَ أنّ السَّقْيَ واجبٌ على البائع لتنميةِ الثمار وتربيتها ، فكأنه في عهدة التسليم إلى القطاف .

وقد نُقِلَ في بعض الروايات ، والأمْرُ بوضعِ الجوائح ، ولكن قال الراوى : كان قبله كلامٌ فَنَسِيتُه .

فقال [٣] الشافعي - رضي اللّه عنه - في الجديد : لعلّه كان قبله ما يدل على استحباب الوضع .

واختلفوا [في] [٤] أن [القول] [٥] القديم هل يجري في الفوات بآفةِ السرقة وما ليس من الجوائح السماوية [٦] ؟

وعلى الصحيح الجديد : لو فسدت الثمار بترك السَّقْي وتعيَّبَتْ فللمشتري الخيارُ قطعًا ؛ لأنَّ السَّقْيَ واجبٌ بحكمِ العقد واقتضاء العرف . ولو فات الكلُّ بترك السَّقْي ففي الانفساخ طريقان [٧] كما في [٧] موت العبد المريض بمرض قبل القبض [٨] ؛ لأن

---

(١) في (أ) : « تسليط » .

(٢) وهذا القول الجديد هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٤) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٥٤) .

(٣) في (أ) : « قال » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « الثالث : لو ضاعت الثمرة بغصبٍ أو سرقة ، فالمذهب : أنها من ضمان المشتري ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : على القولين في الجائحة ، وبه قطع العراقيون » . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٥٦٥) .

(٧) في (أ) : « يقربان من » .

(٨) المذهب : القطعُ بانفساخِ العقد . وقيل فيه القولان كالجائحة السماوية . انظر : روضة الطالبين : (٣/ ٥٦٥) .

الثمار – لضعفِ البنية [1] قبل القبض – متعرضةٌ للفساد بعده [2] إن لم تُعالَج بالسَّقْي .

فإن [3] قلنا : لا ينفسخ فله الخيار ، فإن فسخ فذاك ، وإن أجاز فيطالب بالمثل أو بالقيمة [4] ، لأن الإتلاف من جهته .

وإن كان قد تَعَيَّبَ [5] ، ففي المطالبة بالأرش وجهان نَبَّهْنَا على نظيرهما في الاستئجار [6] .

---

(١) في (أ) : « السمتة » .

(٢) في (أ) : « بعد » .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « القيمة » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « تعيبت » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « الأحجار » ، والمثبت من (أ) .

القسم الخامس من كتاب البيع

وفيه

بابان

[**الباب الأول :** في مداينة العبيد .

الباب الثاني : في الاختلاف الموجب للتحالف] [1] .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة إيضاح .

الباب الأول

في مداينة العبيد

والنظر فيه (١) في المأذون وغير المأذون . أما المأذونُ : فالنظرُ فيه في ثلاثة أمور :

الأول : فيما يجوز له من التصرفات .

وليس للعبد المأذون في التجارة أنْ يؤاجر نفسه ، ولا أنْ يأذن عبدًا (٢) من عبيده في التجارة ، وإن كان يُوكِّل في آحاد التصرفات ولا أن يتخذ دعوة للمجهِّزين (٣) ، ولا أن يعامل سيده بالبيع والشراء ، ولا أن يتصرف فيما يكتسبه بالاحتطاب والاحتشاش ، ولا أن يتعدى جنسًا من (٤ التصرف الذي عُيِّنَ ٤) له ، ولا يشتري مَنْ يُعْتق على سيده ؛ لأنّ العبد متصرفٌ للسيد (٥) بتفويضه ، فيقتصر على موجب الإذن ، والإذنُ بمطلقه لا يدل على جميع ذلك .

ولما رأى أبو حنيفة - رحمه الله - أن العبد متصرفٌ لنفسه واستدل على ذلك بتعلُّقِ العهدة به ، خالَفَنا (٦ في جميع المسائل ٦) (٧) .

واختلف أصحابنا في إجارة عبيدِه ودوابّه من حيث إن ذلك مما قد يعتاده / ٧٥/ب

---

(١) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .
(٢) في (أ) : « لعبد » .
(٣) في الأصل : « للمتجهرين » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٤) في (ب) : « التصرفات التي عين » .
(٥) في (أ) : « لسيده » .
(٦) في (أ) : « في جميع ذلك » .
(٧) **مذهب الشافعية** : أنّ العبد المأذون له في التجارة يستفيد بالإذن كلَّ ما يندرج تحت اسم التجارة وما كان من لوازمها وتوابعها كالنشر ، والطيّ ، وحَمْل المتاع إلى الحانوت ، والردّ بالعيب والمخاصمة في العهدة ، ونحوها ، ولا يستفيد بالإذن غَيْرَ ذلك على ما ذُكِر في المتن .

ومذهب الحنفية : أن العبد المأذون له في نوع من التجارة يصير مأذونًا في جميع أنواع التصرفات ؛ لأن العبد محجورٌ عليه في التصرفات لِحَقِّ السيد ، فإنْ أذن له السيد ، فقد ارتفع الحجْرُ ، فوجب أن يكون أهلًا لجميع التصرفات ، كما لو أُعتِق . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٨ ، ٥٦٩) ، رءوس المسائل : (٢٩٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٧٣ ، ١٧٤) .

التجار[١] أحيانًا بخلاف إجارةِ نفسه[٢] .

وكذلك لو أَبَقَ[٣] المأذونُ لم يَنْعزل ، ولو رأى السيدُ عبدَه يتصرّف فسكتَ لم يكن سكوتُه إذنًا في التصرفات . وإذا ركبته الديونُ لم يَزُلْ ملكُ السيدِ عمَّا في يده ، ولو أقرّ في المعاملة بِدَيْنٍ لأبيه وابنِه قُبِلَ ، ولو أذن لعبده في أن يأذن لعبد[هـ][٤] في التجارة فَفَعَلَ : جاز وفاقًا .

ولو حجر على الأول استمر على الثاني ، ولو حجر على الثاني جاز .

وخالف أبو حنيفة - رحمه اللّه - في الكل ، وشَرَطَ في الحجر على العبد الثاني - أعني مأذونَ المأذونِ - أنْ يأخذ ما في يده لينفذ عزله[٥] .

فإن قيل : وبِمَ يَعْلَم المعامِلُ كونَ العبدِ مأذونًا ؟

قلنا : بسماعِ إذنِ السيد أو ببيّنة عادلة .

وفي جواز اعتماد الشيوع وجهان[٦] ، ولا يُكتفى بمجرد قول العبد خلافًا لأبي حنيفة - رحمه اللّه -[٧] ....

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « التاجر » ، والمثبت من (أ) .

(٢) الأصح : جواز إجارة مال التجارة كعبيده ودوابه . انظر الروضة : (٣ / ٥٦٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٠)، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٥) .

(٣) في (أ) : « أبق العبد » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه ليس للمأذون له أن يأذن لعبده في التجارة ، فإن أذن له فيه السيد جاز وينعزل المأذون الثاني بعزل السيد ، سواء انتزعه من يد المأذون الأول أم لا . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٦٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٠) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٥ ، ١٧٦) .

(٦) أصح هذين الوجهين الجواز . انظر الروضة : (٣ / ٥٧١) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٠) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٨) .

(٧) **مذهب الشافعية** : : أنه لا يكفي قولُ العبد : أنا مأذون ، كما لو زعم الراهن إذن المرتهن في بيع المرهون ، وإنما يُعرف كونُه مأذونًا بسماع الإذن من السيد ، أو ببينة ، وكذا يجوز الاعتمادُ على الشيوع =

فإنه رآه عاقدًا لنفسه فاكتفى بقوله ، ومَنْ عرف [1] كونَه [2] مأذونًا وأقرَّ به فله أن يمتنع عن تسليم عوض [3] ما اشتراه منه إليه ، احترازًا من إنكار السيد ، إلى أن تقوم بينةٌ على كونه مأذونًا .

وكذلك المقرّ بالوكالة في استيفاء الحقّ له الامتناعُ عن التسليم إلى إقامة البينة ، ولو قال العبدُ : حَجَرَ عليَّ السيد ، وقال السيد : لم أَحْجُرْ ، فالصحيح : أنه لا تجوز معاملتُه [4] ، فإنه يباشرُ صورةَ العقد . وفيه وجه : أنه يجوز نظرًا إلى جانب السيد ، وهو مذهبُ أبي حنيفة [5] .

* * *

= بين الناس كونه مأذونًا على الأصح .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز الاكتفاء بقول العبد : أنا مأذون .

انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٧١) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٠ ، ١٠١) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٨ ، ١٧٩) .

(١) في (أ) : « عرفه » .

(٢) كلمة : « كونه » : « ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « عرض » .

(٤) ذكر في الروضة : أنه الأصح وليس الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٧١) ، مغني المحتاج : (٢/ ١٠١) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٩) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن المأذون إذا عُلم كونه كذلك ، فقال : حَجَرَ عليَّ السيدُ لم تجز معاملتُه . فإن قال السيد : لم أَحْجر عليه ، فالأصح : أنه لا يُعامل أيضًا ، لأنه العاقد ، وهو يقول : العقدُ باطلٌ ، وفيه وجه : أنه يجوز معاملته نظرًا إلى قول السيد بعدم الحجر عليه ، وهذا الوجه هو مذهب الحنفية . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٧١) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٩) .

النظر الثاني : في لزوم العهدة

وما لزم العبدَ من أثمانٍ وما اشتراه أقر به ، فهو مُطالبٌ به قطعًا .

وفيه وجهٌ لا يُعْتَدّ به : أنه لا يُطالب .

أما السيد : ففي مطالبته وتعلقِه بذمتِه ثلاثةُ أوجه :

الأظهر (١) : أنه يطالب ؛ لأنه وقع العقد له ، والعبدُ طُولِبَ لأنه مباشرٌ (٢) للعقد .

والثاني : لا ؛ لأنه قصر أطماع المعاملين على ما سلّمه (٣ إلى العبد ٣) المأذون ، ومثلُ هذا الخلاف جارٍ في رَبِّ المال مع (٤ العامل في القراض ٤) (٥) ، ومنهم مَنْ طرده (٦) في (٧) الوكيل ، إذا سُلِّم إليه (٨ ألفٌ معينٌ ٨) .

والثالث : أنه لا يُطالب ، إن كان [ما] (٩) في يد العبد وفيٌّ به ، وإلا فَيُطَالَب .

فإن قيل : قَطَعتم بمطالبة العبد ، وهذا يدلّ على أنّ العقد واقع له .

قلنا : قد اختلف أصحابُنا في الوكيل إذا اشترى لا بصيغة السِّفارة ، في أنه هل يُطالب (١٠) مع القطع بأنه وكيل (١١) ؟

---

(١) ذكر في الروضة : أنه الأصح . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٧٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٧٩ ، ١٨٠) .

(٢) في (أ) : « باشر » .

(٣) في (أ) : « للعبد » .

(٤) في (أ) : « عامل القراض » .

(٥) قال في الروضة : « والوجه الأول والثاني جاريان في رَبِّ المال مع عامل القراض » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٧٢) .

(٦) في (أ) : « طردد » ، وربما يقصد : تردد .

(٧) في (أ) : « ذلك في » ، ولم أثبتها حتى يستقيم السياق .

(٨) في (أ) : « ألفًا معينًا » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في (أ) : « مُطالب » .

(١١) قال الحموي : « قوله في باب مداينة العبيد : (أما السيد ففي مطالبته وتعلقه بذمته ثلاثة أوجه الأظهر : أنه يطالب لأن العقد وقع له والعبد مطالب لأنه مباشر للعقد ، والثاني : لا ؛ لأنه قطع أطماع =

ووجه الفرق : أن العبدَ وإن كان وكيلًا فهو مأمورٌ ، وأمرُ السيدِ نافذٌ عليه وله أن يعرضه لمطالباتٍ لا يتضرر بها ، وليس له أن يعرض الوكيل للمطالبة ، ولما وجب عليه أداء الدين مما في يده بحكم الأمر كانت المطالبة من ضرورته ثم استقلّ حتى طولب به بعد العتق .

وفي رجوعه بما يغرم وجهان [1] ، ووجه المنع : أنه في حالة الرق قد علقه السيد بإكسابه ، حتى كان يلزمه الاكتسابُ لقضاءِ الدين ؛ فبقي ذلك كالمستثنى [2] عن العتق ، وهو مثل الخلاف في أنه لو أجره ثم أعتقه فعمل بعد العتق ، هل يَرْجع بالأجرة ؟

فرع :

إذا سلم إلى العبد ألفًا لِيتْجَرَ فيه ، فاشترى بعينه شيئًا ، فتلف قبل التسليم : انفسخ العقد .

وإن اشترى في الذمة ، ففي الانفساخ ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ينفسخ ؛ لأن الإذنَ محصور فيه وقد فات ، وهو اختيار القفال .

والثاني : لا ينفسخ ، ويجب على السيد ألفٌ آخرُ ؛ خروجًا من عهدة [3] ما جرى بإذنه [3] .

= المعاملين على ما سلمه إلى العبد المأذون ، ومثل هذا الخلاف جارٍ في رب المال مع العامل في القراض ، ومنهم من طرد ذلك في الوكيل إذا سلم إليه ألفا معينًا ، الثالث : أنه لا يطالب إن كان في يد العبد وإلا فيطالب ، فإن قيل : قطعتم بمطالبة العبد ، وهذا يدل على أن العقد وقع له ، قلنا : قد اختلف أصحابنا في الوكيل إذا اشترى لا بصيغة السِّفارة في أنه هل يُطالب مع القطع بأنه وكيل ؟) .

قال المصنف : « المفهوم من كلام الشيخ أن ينتقل إلى العبد ، وذكر بعد ذلك في القسم الثاني في الكتاب أنه وقع أولًا للسيد وهو مخالف لما ذكره أولًا كما لا يخفى » .

قال الحموي : « ما ذكره الشيخُ صحيحٌ من حيث إنه لا منافاة بين أن ينتقل إليه أو إلى السيد أولا ، وقد ذكر أصحابنا أن الوكيل إذا انعزل ينتقل إلى الوكيل أو إلى الموكل ؟ وفيه خلافٌ مشهورٌ ، وإذا كان كذلك كان في العبد مثله فإنه وكيلُ السيد وأولى هنا بأنه لا ينتقل إلى العبد ؛ لأنه لا يصح البيع لنفسه فلم يقع الإشكال بخلاف العامل في القراض والوكيل ، والتحقيق : أن هذا الإشكال ضعيفٌ كما لا يخفي » .

(١) أصح هذين الوجهين : أنه لا يرجع على سيده . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١) .

(٢) في (أ) : « كالمسبي » . (٣) في (أ) : « جرى به » .

والثالث : أنّ السيد يتخيّر بين الفسخ وبين تسليمِ ألف آخر [إليه] (١) . وهو اختيار الشيخ أبي محمد . وهو قريب (٢) .

ومثلُ هذا الخلاف جارٍ فيما إذا سلّم إلى عاملِ القراضَ ، فتلف .

التفريع :

إذا قلنا : لا ينفسخ ، فأدَّى [إليه] (٣) السيدُ الألفَ ، فلو ارتفع العقدُ بسببٍ وعاد الألفُ إلى العبد ، فهل يتصرف فيه ؟ أم يَفْتقر إلى إذن جديد ؟ فيه وجهان : فمنهم مَنْ قال : هو جبر للأول (٤) ، فَنُزِّلَ منزلةَ الألف الأول فيتصرف فيه ، ومنهم مَنْ قال : لم يَجْرِ فيه صَرِيحُ إذنٍ .

ومثلُ هذا الخلاف جارٍ في القراض ، في أنّ رأسَ المالِ مجموعُ الألفين أو هو ألفٌ واحدٌ ؟

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « وإن اشترى في الذمة على غرم صَرْفِ الألف في الثمن فأربعة أوجه :

أصحها : لا ينفسخ العقد ، بل إنْ أخرج السيد ألفًا آخر أُمضي العقد ، وإلا فللبائع فسخُه . والثاني : يجب على السيد ألفٌ آخر . والثالث : يجب الثمن في كسب العبد . والرابع : ينفسخ العقد » . انظر روضة الطالبين (٣ / ٥٧٢ - ٥٧٣) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « الأول » .

النظر الثالث : في المال الذي تُقْضى منه ديونُ التجارة

ولا يتعلَّق عندنا برقبته خلافًا لأبي حنيفة – رحمة اللّه – [1] ، ولكن إذا ركبتْه الديونُ تتعلّق [2] ببضاعته ديون [3] الربح ورأس المال ، ولا يتعلق بسائر أموال السيد ، وفي تعلّقه بإكسابِ العبد من الاحتطاب والاحتشاشِ ، أو ما [4] يُسَلّم إليه من مالٍ آخر بعد المعاملة للاتجار وجهان :

أحدهما : أنه لا يتعلّق به . بخلاف لوازم النكاح ؛ لأن المأذون في النكاح مأذونٌ في الأدء ، ولا محل للأداء سوى إكسابه ، وأما هاهنا فالمال هو المرْصَد له ، فالإذنُ لا يدلّ على التعلّق إلا به ولذلك لم يعلقه برقبته .

والثاني : أنه يتعلّق به ويستكسب فيه إن لم يَبْقَ شيء من المال ؛ لأن السيد نَزَّله منزلةَ الأحرار المستقلين ؛ فيطمع فيه كما يطمع في الأحرار فليتعلق [5] بكسبه [6] .

وعلى هذا الخلاف يَنْبغي أن يُبْنى [7] رجوعُ العبد بما يغرمه بعد العتق على السيد ؛ لأنه إن لم يتعلق [8] بكسبه في الحال ، فلا وَجْهَ لقطعِ رجوعهِ .

فرع :

لو باع قبل قضاء الديون ، وقلنا [9] : لا يتعلق بكسبه فلا خيار للمشتري ، إذ [لا] [10] ضرَر عليه مِنْ تعلقه بذمته .

وإن قلنا : يتعلق [11] بكسبه فله الخيارُ ، لأنه تَبْقَى إكسابُه / مستحقة كما في العبد الناكح إذا بيع . ٧٦ / أ

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن ديون معاملات العبد المأذون له تؤدَّى مما في يده من مال التجارة سواء الأرباحُ الحاصلة بتجارته ورأسُ المال ، ثم ما فضل يكون في ذمته إلى أن يُعتق ولا يتعلق برقبته . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٧٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١ ، ١٠٢) .

(٢) في (أ) : « يتعلق » .

(٣) كلمة : « ديون » : ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « في ما » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « فليعلق » ، والمثبت من (أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠١ ، ١٠٢) .

(٧) غير واضحة في (أ) ، ولعلّها : « يُبتنى » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : «يعلق» ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (أ) : « إن قلنا » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) في الأصل ونسخة (ب): « معلق » ، والمثبت من (أ) .

القسم الثاني من الباب
في غير المأذون

(١ وكلُّ ما ١) يجرُّ ضررًا على المالك لا يملكه قطعًا كالنكاح ، والمأذونُ في التجارة أيضًا لا يملكه ؛ لأنه ليس من التجارة .

وإن (٢) كان يمكن أن يُقال : ينعقد للسيدِ الاعتراضُ ؛ ولكنْ قطعوا بأنه لا ينعقد إذ يستحيل أنْ يتخلف الحلّ عن النكاح ، وفي التحليل تَسليط وإضرار ناجز ، وفي هبتِه وقبولِه الوصيةَ وجهان ، والقياسُ هو الجواز . ووجه المنع : أنه جَلْبُ ملكٍ إلى السيد في جهة مقصودة قابلة للردِّ بغير إذنه ، احترازًا عن (٣ الاحتطاب والاصطياد ٣) ؛ فإنه فِعْلٌ لا يقبل الرد ، وعن عوضِ خلعِه (٤) زوجتَه فإنه غيرُ مقصودٍ .

وفي ضمانه وجهان : ووجه المنع : أنه (٥) التزامٌ ممن (٦) لا يُتصوّر منه في الحال التشاغل به لمانعٍ ناجزٍ بخلاف المفلس .

وفي شرائه طريقان (٧) : نَزَّله العراقيون منزلةَ شراء المفلس ، فإنه محجور عليه لحقِّ السيد كما أنّ المفلس محجور [عليه] (٨) لحقِّ الغرماء ، وهذا تفريع على صحة هبته .

وقطع صاحب التقريب والشيخ أبو محمد بالبطلان ؛ لأنَّ للسيد أَخْذَ المبيع منه فيفوت الثمن بالكلية فهو عجز محققٌ ، بخلاف المفلس ، فإن [حق] (٩) البائع يتعلّق بِعَين المبيع ، ولا يتعلّق حَقّ مَنْ من سبق الغرماء بما تجدد . ثم على الصحيح اختلفوا في

---

(١) في (أ) : « وكلما » .

(٢) قوله : « إن » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « الاحتطاب والاحتشاش » .

(٤) في (أ) : « خُلع » .

(٥) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) :« من » .

(٧) أصح هذين الطريقين : أنهما على وجهين . أصحهما : البطلان . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٥) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) زيادة من (أ) .

أنه لو أخذه [١] السيدُ منه فيجعل ذلك كزوال ملك المفلس حتى يمنع البائع من التعلّق [به] [٢] ، أم [٣] يُقال : كان المِلْك مستمرًّا فيتعلّق به حقّ البائع ؟

فإن قيل : الملكُ واقعٌ للعبدِ أم للسيد ؟

قُلنا : هو واقع للسيد ابتداءً [٤] ، فإنَّ في ملك العبد بتمليك السيد قولين ، ولا خلافَ في أنه لا يملك بتمليكِ [٥] غيرِ السيد .

[و] [٦] القولُ القديم : أنه يَمْلك بتمليك السيد ، لأنه يُتَصَوَّرُ له مِلْكُ النكاح بإذن السيد ، فكذا [٧] ملك اليمين .

والجديد الذي عليه الفتوى [٨] : أنه لا يملك لتناقضِ فوائده ، إذ لا خلاف أنه لا يملك من [٩] غير جهة السيد ، حتى قالوا : لو احتطب أو اتَّهب على هذا القول أيضًا [فإنه] [١٠] لا يملكه ، ولا يملك البيع والعتق وإزالة الملك فيما ملكه وفاقًا ، وللسيد أن يُزيل ملكه ويرجع فيه ، بل يكون ببيعِ ملكهِ وإعتاقه وهبتِه راجعًا .

وهذه أمور متفق عليها ، لو لم يُقَلْ بها كان غضًّا من كمال مالكية السيد ، ولو قِيلَ به لم يَبْقَ لملكِ العبدِ حقيقةٌ بخلاف مِلْك النكاح ، فإنّ مقصودَه الخاص مُتَصوَّر في حقّه من غير تناقضٍ ، ولا معنى للتفريعِ على القول [١١] القديم ، ولا فَتْوَى عليه .

* * *

---

(١) الهاء في (أخذه) زيادة من (أ) .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .
(٤) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٥٩ / أ) .
(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « تمليك » ، والمثبت من (أ) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « فكذلك » .
(٨) وهذا هو الأظهر . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٠٢) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٨١) .
(٩) في (أ) : « عن » .
(١٠) زيادة من (أ) .
(١١) كلمة : « القول » : ليست في (أ) .

الباب الثاني
في
الاختلاف الموجب للتحالف
(وفيه فصول)
الأول : في وجوه الاختلاف

والأصل في الباب قولُه – عليه السلام – : « إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادًّا »[١] .

وصورتُه أن يقول البائع : بعتُ بألفٍ ، فيقول المشتري : اشتريتُ بخمسمائة ، فقياسُ الخصومات تحليفُ المشتري ؛ لأنّ الملك مُسَلَّم له ، وقد ادعى عليه زيادة وهو ينكرها .

ولكنْ لمّا كثُر الاختلافُ في العقود ، ومَبْنَى المعاوضات[٢] على تساوي المتعارضين ، كان تخصيصُ أحدِهما بالتصديق[٣] إضرارًا[٤] بالآخر ، فلما عقلنا هذا المعنى حكمنا بالتحالف وإن كانت السلعةُ هالكةً . خلافًا لأبي حنيفة – رحمه الله – [٥] وحكمنا

(١) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٨٣) كتاب البيوع – باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٣٥١١) ولفظه : « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول ربُّ السلعة أو يتتاركان » ، والترمذي : (٣ / ٥٧٠) (١٢) كتاب البيوع (٤٣) باب ما جاء إذا اختلف البيعان (١٢٧٠) ، والنسائي : (٧ / ٣٠٢ ، ٣٠٣) (٤٤) كتاب البيوع (٨٢) باب اختلاف المتبايعين في الثمن (٤٦٤٨) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٧) (١٢) كتاب التجارات (١٩) باب البيعان يختلفان (٢١٨٦) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٣١) حديث رقم : (١٢٢٢) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « المعاوضة » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « بالصدق » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « إضرار » .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن المتبايعين إذا اختلفا وكان لأحدهما بينةٌ ، قُضِيَ له بها وإن لم تكن بينةٌ تحالفا ، سواء كانت السلعةُ باقيةً أو تالفةً .

ومذهب الحنفية : أن المتبايعين إذا اختلفا – والمبيعُ قائمٌ – تحالفا وترادًّا ، وإن كان المبيع فائتًا ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : القولُ قولُ المشتري مع يمينه إنْ طلب البائعُ يمينَه ، ولا يترادَّان البيعَ . وقال محمد ابن الحسن : يتحالفان في ذلك ويترادَّان قيمةَ المبيع ، والقولُ فيها قولُ المشتري مع يمينه إن طلبَ البائعُ يمينه على ذلك . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٧٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٩٧) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٦٥) ، مختصر الطحاوي : (٨٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٢١) .

بإجرائه مع وارث العاقد .

وقال أبو حنيفة (رحمه اللّه) : يجري معه قبل القبض ولا يجري بعد قبض المبيع [١] ، وكذلك حكمنا به في الاختلاف في جنس المبيع وصفته وفي سائر الشرائط من الأجل ، والخيار ، والكفيل ، والرهن ، وكل شرطٍ يقبله العقد .

والضابط [٢] فيه : أن يتفقا على بيع ومبيعٍ معين ، ويقع الاختلاف فيما وراءه مما يقع وصفًا للبيع [٣] المُتَّفق عليه ، كما إذا قال : بعتك هذه الدار بهذا الثوب أو بألفِ درهمٍ ، فقال : لا بل بهذا العبد أو بمائة دينار أو ما يجري [٤] مجراه .

ولو[٥] لم يتفقا على العقد بأنْ قال : [٦] بعتك بألف [٧] ، فقال : بل وَهَبْتَنِيه ؛ لم يكن من صورة التحالف ، بل نفصل الخصومة بطريقها ، وكذلك لو تنازعا في شرطٍ مُفْسدٍ ، لأنهما لم يتفقا على عقد صحيح ، بل يَدَّعي أحدُهما العقدَ ، والآخرُ ينكرُه .

فقال صاحب التقريب : القولُ قول مَنْ يدعي الشرطَ الفاسد ؛ لأنه منكر للعقد . وقال غيره : بل القولُ قول الآخر [٨] ؛ لأنه وَافَقَ على جريان العقد بصورته ويَدَّعي مُفسدًا له .

ولو [٩] اتفقا على قدرٍ في الثمن ، واختلفا في المبيع بأن قال : بعتك هذا الثوبَ بألف [١٠] فقال الآخر : بل بعتني العبدَ بألف [١٠] ، ففي التحالف وجهان :

---

(١) مذهب الشافعية : أنه يجري التحالف مع المتبايعين أو مع ورثتهما إذا اختلفا وسواء كان ذلك قبل القبض أو بعده . انظر روضة الطالبين (٣ / ٥٧٧) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « والضبط » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « للمبيع » .

(٤) في (أ) : « وما » .

(٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) في (أ) : « بعتك هذه الدار بهذا الألف » .

(٧) في (أ) : « فقال : لا ؛ بل وهبتنيها » .

(٨) وهذا هو الأصح عند الأكثرين من الشافعية . انظر الروضة (٣ / ٥٧٩) ، مغني المحتاج (٢/٩٧ - ٩٨) نهاية المحتاج (٤ / ١٦٧)

(٩) في (أ) : « فلو » .

(١٠) قوله : (فقال الآخر : بل بعتني العبدَ بألف) ليس في (أ) .

منهم من جعل الاتفاق على الألف ، كالاتفاق على المبيع .

ومنهم من قال : ليس الألف معينًا (١ ليتحد موردًا للعقد ١) (٢ بل هي في الذمة ٢) ، فكل واحدٍ يدعي عقدًا آخر يتماثل فيه الثمن ولا يتحد . وهذا يلتفت على أن مَنْ أقرَّ لإنسانٍ بألفٍ من جهة قرض ، فأنكر المقرُّ له الجهةَ ، وقال : بل هو من جهة إتلاف ، فهل له أن يُطالبه به ؟

ولما عُقِلَ [٣] المعنى أيضًا طردنا التحالف [٤] في كل معاوضة ، كالصلح عن دم العمد ، والخلع ، والإجارة ، والمساقاة ، والكتابة ، والصداق ، والقراض ، والجعالة ، وكل ما فيه معنى المقابلة .

ثم ما لا يقبل الفسخَ بسبب العوض يقتصر أَثَرُ التحالفِ فيه على العوض / ، ٧٦/ب كالصلح عن دم العمد ، والخلع ، والنكاح ؛ فيسقط ما فيه النزاع ويرجع إلى قيمة المثل .

فإن قيل : وأيُّ فائدةٍ للتحالف في القراض والجعالة ، وكلُّ واحدٍ قادرٌ على الفسخ دون التحالف ، وقد قطع القاضي حسين بأنه لا تحالف في البيع في مدة الخيار وقُلنا الوجهُ مَنْعُ ذلك في الجَعَالة والقراض أيضًا ، قبل الشروع في العمل ، إذ لا معنى للتحالف [٥] ، وكل واحد [منهما] [٦] قادر على الخلاص والامتناع ، إذ لا لزومَ ، أما بعد الخوض في العمل فالفسخُ [٧] لا يُغَيِّر مقدارَ المستحقّ وقد لزم الاستحقاقُ لما مضى .

فَرعٌ :

إذا ردَّ العبد المبيع بالعيب ، فقال البائع : ليس هذا ما اشتريتَه مِنِّي فالقولُ قوله ؛ لأنه

---

(١) في (أ) : « ليتحدد مورد العقد » .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فلما عقلنا » .

(٤) في (أ) : « للتحالف » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « للتحليف » ، والمثبت من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « فلا فسخ » .

يبغي [1] استيفاء [2] العقد ، ولو قال المسلم إليه : ليس هذا ما قبضتَه منّي ، ففيه [3] ثلاثة أوجه : أحدها : القول قوله ، كالبائع .

والثاني : لا لأنّ المُسْلم إليه يدعي أنه قبض المستحق منه والآخرُ يُنْكره [4] [5] .

وقال ابن سريج : إن كان زيوفًا فهو كذلك ، وإن كان معيبًا فقد اعترف خصمهُ له بقبضٍ [6] لو رضي به لجاز ، كما في البيع ، فلا فرق عند ذلك .

* * *

---

(١) في (أ) : « لا يبغي » .

(٢) في (أ) : « استيفاء » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « ينكر » .

(٥) الأصح : أن القولَ قولُ المُسْلَم . انظر الروضة : (٣ / ٥٧٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٩٨) نهاية المحتاج : (٤/ ١٦٩ ، ١٧٠) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بقض » ، والمثبت من (أ) .

الفصل الثاني : في كيفية التحالف

والنظرُ في البداية ، والعدد ، والصيغة ..

أما البداية : فقد نصَّ الشافعيُّ - رضي اللّه عنه - أنه يبدأ في البيع بالبائع (١) ، وفي السَّلَم بالمُسْلَم إليه (٢ وهو بائع ٢) ، وفي الكتابة بالسيد (٣ وهو في رُتْبة البائع ٣) ، ونصَّ في النكاح أنه يبدأ بالزوج وهو في رتبة المشتري . فاختلف الأصحابُ : فمنهم (٤) من قال : في الكُلِّ قولان ، والقولُ المخرجُ ، أنه يبدأ بالمشتري كما يبدأ بالزوج .

ومنهم من أقرَّ النصوص وقال : أثرُ التحالف يَظْهر في النكاح في الصداق ، والزوج فيه في رتبة البائع وهو واقع (٥) .

وذكر صاحب التقريب طريقتين (٦) : إحداهما : أنه يُقْرَع بينهما . والأخرى (٧) : أنّ القاضي يتخيَّر (٨ فيبدأ بمن ٨) شاء بخلاف المتساوقين في

---

(١) انظر مختصر المزني : (٢ / ٢٠٣) .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « منهم » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال في الروضة في كيفية التحالف : « قاعدتُه : أن يحلف كل واحد على إثبات قوله ، ونفي قول صاحبه . وفيمن يُبدأ بمينه ؟ طريقان . أحدهما : البائع . وأصحهما : أنه على ثلاثة أقوال :

أظهرها : البائع : والثاني : المشتري . والثالث : يتساويان . وعلى هذا وجهان : أصحهما : يتخَيَّرُ الحاكم فيبدأ بمن اتفق . والثاني : يُقْرَع بينهما » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٨١ ، ٥٨٢) .

(٦) في (أ) : « طريقين » .

(٧) في (أ) : « والآخر » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « ما » ، والمثبت من (أ) .

خصومتين [١] ، إذ ليس يتفضل هاهنا غرض أحدهما [٢] دون الآخر .

وما ذكره قياسٌ حسنٌ ، وهو متعين في بيع العبد بالجارية ، إذ لا يتميز بائعٌ عن مشتري [٣] ، ولكنه في غير هذه الصورة كالإعراض عن نصِّ الشافعي رضي اللّه عنه .

أما العدد والصيغة [٤] : فقد نصَّ الشافعي – رضي اللّه عنه – : أن البائع يحلف يمينًا واحدة يبدأ (٥ فيها بالنفي ٥) ويقول [٦] : واللّهِ إني ما بعتُه بخمسمائة ، وإنما بعته بألف ، ويقول المشتري : [واللّه] [٧] ما اشتريتُه بألف ، وإنما اشتريته بخمسمائة ، فيجمع بين النفي والإثبات ويستحق تقديم النفي ؛ لأن البداية بالإثبات [٨] في اليمين بعيدٌ [٩] احتمل تابعًا للنفي .

وقال الإصطخري : يتعينُّ البدايةُ بالإثبات ؛ لأنه المقصود ، وهذا بعيد .

فرع :

لو حلف البائع على النفي والإثبات ، فحلف المشتري على النَّفي ونَكَل عن الإثبات : قُضي عليه بيمينِ البائع ، وإن لم يسلم عن معارضة [١٠] في طرق [١١] النفي ،

---

(١) في (أ) : « الخصومتين » .

(٢) في (أ) : « عرض » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « مشتر » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « والكيفية » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « منها النفي » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « فيقول » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٢) ، ومغني المحتاج : (٢ / ٩٦) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٦٣) .

(٩) قال في الروضة : « وينبغي أنْ يقدم النفي على الإثبات ؛ لأن النفي هو الأصل . وقال الإصطخري : يُقدّم الإثبات لأنه مقصود . والصحيح : الأول . وهذا الخلاف في الاستحباب على الأصح . وقيل : في الاستحقاق » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٢) .

(١٠) في (أ) : « معاوضة » .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « طرف » ، والمثبت من (أ) .

ولكن لما اتصل النفيُ بالإثبات في هذه المسألة ، جُعِلَ النكول عن البعض كالنكول عن الكُلِّ .

والقول الثاني : أنه لا يُجمع في يمين واحدة بين النفي والإثبات ؛ لأنَّ يمينَ الإثبات لا يُبْتَدَأ بها (١) إلا في القسامة على خلاف القياس ، فيحلف البائع على النفي ، ثم يحلف المشتري على النفي ، ثم يحلف البائع على الإثبات ، ثم يحلف المشتري على الإثبات ، فيتعدد اليمين ، وهو بعيدٌ ؛ إذ لو اتبعنا قياسَ الخصومات لصدقنا المشتري مع يمينه (٢ وقُضِيَ له إنْ حلف ٢) لما سبق .

ولكنْ خُرِّجَ هذا القولُ من نصِّ الشافعي - رضي اللّٰه عنه - فيما لو تنازع رجلان في دارٍ في يدهما ، ادَّعى كل واحد [منهما] (٣) أن جميعها له ، إذ قال : (٤ يحلف أحدُهما على النفي أولًا في النصف الذي في يده ويعرض على صاحبه ٤) ، فإن نكل حلف على الإثبات ، وهذه المسألةُ متفقٌ عليها .

التفريع :

إن (٥) قلنا بتعدُّدِ اليمين ، فللمسألة أحوال : إحداها (٦) : أنه لو نكل الأولُ عن النفي ، عُرض على الثاني يمينٌ واحدةٌ جامعة (٧ للنفي والإثبات ٧) ؛ لأنه الآن قد (٨) تقدَّم نكولٌ ؛ فلا (٩) بأس بالإثبات .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « به » ، والمثبت من (أ) .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٥) في (ب) « إذا » .

(٦) في (ب) : « أحديهما » .

(٧) في (ب) : « بين النفي والإثبات » .

(٨) في (أ) : « وُجِدَ » ، » ، وهي ليست في (ب) .

(٩) في (أ) : « ولا » .

الثانية : أنْ يتحالفا على النفي .

قال الشيخ أبو محمد : قد تمَّ التَّضادُّ والتعانُد ؛ فيفسخ العقد .

ومنهم مَنْ قال : تَعُود إلى الأول ، ويعرض عليه يمين ، فإن حلف عَرَضْنا على الثاني فإن حلف فقد تَمَّ الآنَ التحالفُ .

فعلى هذا ، لو حلف الأول يمينَ الإثبات ، فَعُدْنا إلى الثاني فنكل ، قَضَيْنَا للأول لا محالةَ ، وإنْ لم تَسْلَمْ يمينُه عن المعارضة بالنفي ، ولعل ما ذكره الشيخ أبو محمد أولى .

الثالثة : أنْ يَتَنَاكلَا جميعًا في الابتداء ، ففيه [١] وجهان :

أحدهما : أنّ تناكُلَهما كتحالُفِهما ؛ لحصولِ التضاد ، وهذا كما أن تَدَاعِيَ اثنين مولودًا كَتناكُرِهما .

وكذلك نصَّ الأصحاب أنه لو حلف الأول على النفي . ونكل الثاني فَرُدَّ على الأول فنكل عن الإثبات ، كان نكوله كحلفِ صاحبه .

والثاني : أنه يتوقف ؛ لأنّ مأخذَ التفاسخ الحديثُ وهو منوطٌ بالتحالف ، وليس في معناه التناكل [٢] .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « فلو نَكلا جميعًا ، فوجهان : أحدهما : أنه كتحالفهما . والثاني : يُوقَف الأمر وكأنهما تركا الخصومةَ . قلت : هذان الوجهان ذكرهما إمام الحرمين احتمالين لنفسه ، وذكر أن أئمة المذهب لم يتعرَّضوا لهذه المسألة ، ثم ذكر في آخر كلامه أنه رأى التوقفَ لبعض المتقدِّمين . وقال الغزالي في « البسيط » : له حكم التحالف على الظاهر . والأصح : اختيارُ التوقف » . انظر : روضة الطالبين (٣/ ٥٨٣) .

الفصل الثالث : في حكم التحالف

وحكمه : جواز إنشاء الفسخ ، هذا هو النص الانفساخ [١] .

وذكر أبو بكر الفارسي قولًا مخرجًا : أنه ينفسخ ، فكأنه صدق كل واحد[منهما] [٢] في يمينه ، وصار كأن البائع قال : بعت بألف ، فقال المشتري : اشتريت بخمسمائة ، فلم ينعقد أصلًا ، حتى فرع الشيخ أبو عليٍّ على هذا وَحَكَمَ بردّ الزوائد / المنفصلة وتتبع ٧٧/أ التصرفات بالنقض ، وهو بعيدٌ .

نعم . اختلف الأصحابُ في أنّ إنشاء الفسخ هل يختص [٣] بالقاضي من حيث إنه منوط بتعذر [٤] الإمضاء ، وذلك عند اليأس عن التصادق بعد التحالف ، وهو متعلق بنظره ؟

والأقيس [٥] : أن العاقد يستقلّ به ؛ إذ قطعوا بأنّ البائع هو الذي يَفْسخ بإفلاس المشتري ، والمرأةُ تَفْسخ بإعسار الزوج بالنفقة .

وقالوا : القاضي هو الذي يَفْسخ بِعُذرِ العُنَّة [٦] ، كذا [٧] نقله إمامي رحمه الله – والفرق بينه وبين الإعسار بالنفقة عسير [٨] .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٩٦) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٦٣) .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (ب) : « تعلق » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « بتعدد » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « والأقيس ظهر » .

(٦) في (أ) : « بالعنة » .

(٧) في (أ) : « هكذا » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله في التحالف : (قطعوا بأن البائع هو الذي يفسخ بالإفلاس ، والمرأة تفسخ بإعسار الزوج بالنفقة . وقالوا : القاضي هو الذي يفسخ بعذر العنة هكذا نقله إمامي . والفرق بينه وبين الإعسار بالنفقة عسيرٌ) قلت : هذا النقل في نفسه غير صحيح ونسبته إلى إمام الحرمين أيضًا غير صحيح . أما أنه في نفسه غيرُ صحيح : فلأنّ الثابت عنهم خلاف ذلك فهذا صاحبُ « التتمة » قد حكى في الإعسار والعنة كليهما خلافًا في أنّ الذي يتولى الفسخَ هو القاضي أو المرأة وزاد فقال في العنة : المذهبُ أنّ المرأة تتولى الفسخ وذلك بعد ثبوت العُنة عند الحاكم .

=

فإن قيل : [و] [1] هل ينفسخ باطنًا ؟

قلنا : إنْ فَوَّضْناه إلى القاضي فالظاهرُ أنه ينفسخ باطنًا لينتفع به المحقُّ المعذور .

وإن جوَّزْنَا للعاقدين فإن تطابقا عليه انفسخ باطنًا كما لو تقابلا ، وإنْ أقدم عليه مَنْ هو صادق ، فكمثل ،وإنْ بادر الكاذبُ فلا ينفسخ بينه وبين اللّه ، وطريقُ الصادقِ أنْ يُنْشئ الفسخَ إن أراد .

= وهذا صاحب « المهذب » من العراقيين قد سوّى بين الإعسار والتعنين في أنّ الفسخ إلى الحاكم ، بل المصنفُ نفسُه قد حكى ما ينقض ما ذكره هذا في كتاب النكاح من هذا الكتاب ، فذكر أن القاضي إذا قضى بالعنة فسخت كما في سائر العيوب ، ثم قال : وفيه وجه أن القاضي هو الذي يتعاطى الفسخ . والمعتمد أن القاضي لا يفسخ بل المرأة وهو الذي ذكره هناك في الإعسار وليس في شيء من هذه النقول الفرقُ بين الإعسار والعنة على ما ذكره فيبطل قطعًا واللّه أعلم .

ما ذكره من أنهم قطعوا بذلك يلزم أيضًا أن الفرق بينهما ليس وجهًا صحيحًا معتمدًا ، بل غايته أنه وجه لبعض الأصحاب ضعيف فلا يسوغ له الاقتصار على ذكره من غير تعرضٍ لما هو الصحيح . واللّه أعلم . وأما أنه غيرُ صحيح إضافة نقلِه إلى إمام الحرمين فلأنّ لفظه في « النهاية » لا يشعر به وقد عُرِفَ أنّ نَقْلَه منها ، واللّه أعلم .

وذلك أنه قال فيها : قال بعضُ الأصحاب : القاضي هو الذي يفسخ النكاحَ عند تحقق العنة وجهًا واحدًا ، والزوجة تتعاطى الفسخ بالإعسار بالنفقة قال : ولستُ أرى بين العنة والإعسار فرقًا ، وذكر أن الوجه أن يجعل بينهما وجهان كما في التحالف . هذا كلامه وهو لا يعطي إلا أنّ بعض الأصحاب قَطع بذلك وليس فيه تعرُّضٌ أصلًا لحكاية ذلك عن الأصحاب ؛ لأنه لا فَرْقَ بين أن يقول القائل : قال بعض الأصحاب : القاضي يفسخ قطعًا ، وبين أن يقول : قال بعضُ الأصحاب : القاضي يفسخ وجهًا واحدًا في أن كل واحد منهما إخبار في أنه جزم ولم يتردد إلا أنه حكاية لذلك عن الأصحاب .

وقد حَكَى ذلك عن جملة الأصحاب ، فلا يجوز أن يَنْسبه إلى الإمام في أنه نقل أن الأصحاب قطعوا بذلك ، وإنّما يصح ذلك أنْ لو لم يضفه إلى غيره ، فإنه فرق بين أن يقول القائل : قطع الأصحاب بكذا ، وبين أن يقول : قال فلانٌ : قطع الأصحاب بكذا ، فالأول حُكمٌ منه بقطعهم ، والثاني حكايةٌ عن غيره ، واللّه أعلم» . المشكل (٢ / ٦٠ أ) .

(١) زيادة من (أ) .

فرع :

في جواز وطءِ الجارية - بعد التنازعِ وقبل التحالفِ - وجهان . وبعد التحالف وقبل التفاسخ وجهان مُرتَّبان ؛ لأنه جرى سببُ الزوال وأشرف عليه فهو كالزائل من وجه ، والوطء يَحَرْمُ بالشُّبهة .

والقياس : الجواز ؛ لاستمرارِ الملك [١] .

* * *

---

(١) قال في الروضة : « ولو ترافع المتنازعان إلى مجلس الحكم ، ولم يتحالفا بعدُ ، فهل للمشتري وطء المبيعة ؟ وجهان . أصحهما : نعم لبقاء ملكه . وفي جوازه بعد التحالف وقبل الفسخ وجهان مرتبان ، وأولى بالتحريم » . انظر : روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٧) .

الفصل الرابع : في أحوال المبيع عند التفاسخ

وفيه خمس مسائل

الأولى : أنّ المبيع إن كان تالفًا ثبت التفاسخُ عندنا ، ويَغْرم المشتري قيمةَ المبيع بأيّ اعتبار ؟

فيه أقوال [١] : الأصح : أنه يُعْتبر يوم التلف .

والثاني : أنه يُعتبر أقصى قيمةٍ [٢] من يوم القبض إلى [يوم] [٣] التلف ، وهذا ضعيفٌ .

والثالث : أنه يُعتبر يوم القبض ؛ لأنه وقت دخولِهِ في ضمانه ، فما زاد بعده فهو له ، وما نقص فهو عليه .

والرابع : أنه يُعتبر أقلَّ قيمةٍ [٤] من يوم العقد إلى القبض ، لأنه إن زاد فقد زاد [في] [٥] ملكه ، وإن نقص وقع في ضمان البائع لكونه في يده . وكذلك يجري هذا الخلاف إذا ردّ أحد العوضين بالعيب وقد تلف الآخر ، أو اشترى عبدين وتلف أحدُهما وتحالفا وقلنا : نضم [٦] قيمةَ التالف إلى القائم [٧] .

ولو [٨] اشترى عبدين ، فتلف [٩] أحدُهما ، ووَجَدَ بالآخر عيبًا ، وقلنا : لا يرد ، بل يطالب بالأرش ، فالأصح : أنه يُعْتبر في تقويمه يوم العقد ؛ لأن القيمةَ مطلوبةٌ لِتعرُّفِ

---

(١) قال في الروضة : « وفي القيمة المعتبرة ، أوجه . وقال الإمام : أقوال » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٩٧) ، نهاية المحتاج : (٤ / ١٦٥) .

(٢) في (أ) : « قيمته » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « قيمته » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « يُضم » .

(٧) انظر مشكل الوسيط : (٢ / ٦٠ / أ) .

(٨) في (أ) : « فلو » .

(٩) في (أ) : « وتلف » .

التوزيع عند المقابلة لا ليعزم ، بخلاف ما نحن فيه ، فإنه يطلب القيمة ليغرمه [١] .

الثانية : إذا كان المبيع معيبًا ضَمَّ [٢] إليه أرش العيب ، لأنّ كل يدٍ أَوْجَبَت [٣] ضمانَ الكلّ : أوجبت [٤] أرش النقصان . وحيث نصَّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على أن الزكاة المعجلة إذا استردت لتلفِ النصاب - وقد تَعيَّبت في يد القابض - غرم الإمام أرش النقصان ، ولو تلف غرم المسكينُ القيمةَ : حُمِلَ ذلك على الاستحباب ؛ لأن أرش النقصان قد يخفّ فيحمله بيت المال ، فإن احتمل أصل القيمة فيستحبّ ذلك أيضًا .

الثالثة : أن يكون آبقًا فيغرم قيمته ، ولكن يَرِدُ الفسخ على القيمة كما في التلف ؟ أو على الآبق والقيمة للحيلولةِ ؟ فيه وجهان [٥] :

ووجه المنع : أن الفسخ مملك فلا يرد على الآبق كالعقد ، وفائدته : أنه لو عاد يومًا من الدهر لم يلزمه الردّ في الحال .

ولو أخّر المطالبة إلى رجوع العبد لم يَجُزْ ؛ لأنّ حقه في القيمة لا في العبد .

الرابعة : إن [٦] كان مكاتبًا أو مرهونًا غرم القيمة ، وهل يرد الفسخ على القيمة ؟ فيه وجهان مرتبان على الآبق . وها هنا أولى بأن نجعل القيمة أصلًا ؛ لأن الرهن والكتابة تمنع ملك الغير ، فإنه إبطال له وهو لازم [٧] .

(١) في (أ) : « ليغرم » . (٢) في (أ) : « وضم » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « أوجب » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « أوجب » ، والمثبت من (أ) .

(٥) أصح هذين الوجهين : أن الفسخ يرد على الآبق ووجبت القيمة للحيلولة . انظر روضة الطالبين : (٣/٥٨٦) .

(٦) في (أ) : « إذا » .

(٧) قال في الروضة : « وأما المرهون والمكاتب ، ففيهما طريقان : أحدهما : طرد الوجهين . وأصحهما : القطع ببقاء الملك للمشتري ، وبه قال : الشيخ أبو محمد ، كما إذا أفلس والمبيعُ آبقٌ ، يجوز للبائعِ الفسخُ والرجوعُ إليه .

ولو كان مكاتبًا أو مرهونًا ، لم يكن له ذلك » . انظر روضة الطالبين : (٣ / ٥٨٦) .

وكذلك [١] إذا وَجَد البائعُ متاعَه مرهونًا ، لم يفسخ بالإفلاس ؛ وإن وجده آبقًا فسخ .

الخامسة : لو كان مُكرىً وقلنا يصح بيعه وَرَدَ الفسخُ عليه وإلا فهو مردد [٢] بين الآبق والمرهون .

هذا تمام النظر في كتاب البيع ، (٣ والله أعلم بالصواب ٣) .

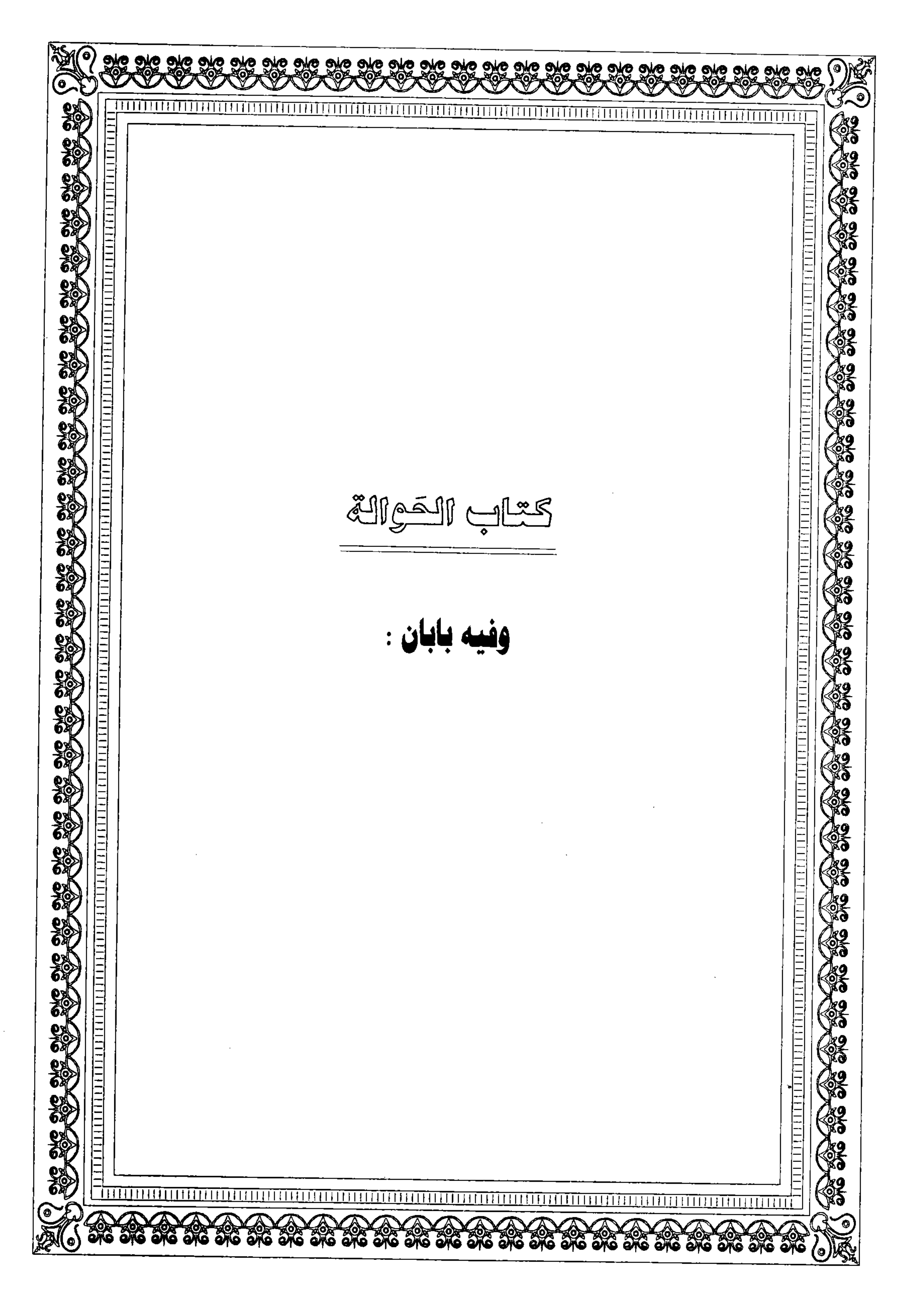
* * *

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ولذلك » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « متردد » .

(٣) ما بين القوسين : ليس في (أ) .



كتاب الحَوالة

وفيه بابان :



الباب الأول : في أركانه

وهي خمسة : اللفظ ، والمُحيل ، والمُحال عليه ، والمُحتَال ، والدَّيْن المُحَال به (1) .

وأصل صحة المعاملة قوله ﷺ : « مَطْلُ الغَنيِّ ظُلْمٌ ، فإذا أُحِيلَ أحدُكم على غَنيٍّ (2) فلْيَحُلْ (3) » (4) .

وفي حقيقته (5) مشابهُ الاعتياض ، كأنه (6 اعتاضَ دَيْنًا على دين 6) ، ومشابهُ الاستيفاء ، فكأنه استوفى ما عليه باستحقاقِ (7) الدين على غيره .

أما لفظُ الحوالة : فلابُدَّ منه ، ولابد من القبول ؛ فإنه معاقدةٌ بين المحيل والمحتال .

وأما المحالُ عليه : فلا يُشترط رِضَاه عندنا (8) ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - والإصطخريّ (9) ؛ لأنَّ ذمته مَحَلٌّ ....

---

(1) في (ب) : « والكفالة بالدين » . (2) في (أ) : « مليء » .

(3) في (أ) : « فليحتل » .

(4) أخرجه البخاري : (٥٤٢/٤) (٣٨) كتاب الحوالة (١) باب الحوالة ، وهل يرجع في الحوالة (٢٢٨٧) . وأطرافه : (٢٢٨٨ ، ٢٤٠٠) ، ومسلم : (١١٩٧/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٧) باب تحريم مطل الغني . (١٥٦٤) وأبو داود : (٢٤٥/٣) كتاب البيوع باب في المطل (٣٣٤٥) ، والترمذي : (٦٠٠/٣) (١٢) كتاب البيوع (٦٨) باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم (١٣٠٨ ، ١٢٠٩) . والنسائي : (٣١٦/٧ ، ٣١٧) (٤٤) كتاب البيوع (١٠٠) باب مطل الغني (٤٦٨٨ ، ٤٦٩١) ، وابن ماجه : (٨٠٣/٢) (١٥) كتاب الصدقات . (٨) باب الحوالة (٢٤٠٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٦/٣) حديث رقم : (١٢٥٠) .

(5) في (ب) : « في حقيقتها » . (6) في (أ) : « اعتياضُ دينٍ على دين » .

(7) في (أ) : « لاستحقاق » . (8) قوله : « عندنا » : ليس في (أ) .

(9) **مذهب الشافعية** : أن الحوالة لا تصح إلا برضا المحيل والمحتال ، وأما المحال عليه فلا يُشترط رضاه إن كان عليه دينٌ للمحيل ، وإن لم يكن فلا تصح الحوالة بغير رضاه .

ومذهب الحنفية : أن الحوالة لا تصح إلا برضا المحيل ، والمحتال له ، والمحال عليه .

انظر : التنبيه : (٧٤) ، روضة الطالبين : (٢٢٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٢٣/٤) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (٢١٣/١) . مختصر الطحاوي : (١٠٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (١١٠/٢) .

التصرف [١] فلا يُعتبر رضاه ، وهل يُشترط أن يكون عليه دَيْنٌ ؟

فيه وجهان [٢] ، يَرْجِعُ حاصلهما إلى أن الضمانَ بشرطِ براءة الأصيل ، هل يصح ؟ وفيه خلاف ، وإليه ترجع الحوالةُ على مَنْ لا دَيْنَ عليه ، ولذلك يُقْطَعُ باشتراط رضاه والتزامِه إذا لم يكن عليه دينٌ .

ثم تردَّدَ العراقيون في أن هذه الحوالةَ هل تَلْزَمُ قبل القبض ؟ والأصحُّ : لزومُها ؛ فإنه [٣] حقيقةُ الحوالة .

أما الدين : فيُشترط فيه : أن يكون مجانسًا لِمَا على المُحَال عليه قَدْرًا [٤] وجِنْسًا ووصفًا [٤] ، فإن [٥] كان بينهما من التفاوت ما يَمْنَعُ الاستيفاءَ إلا بالمعاوضة : امتنعت الحوالةُ ، وإن كان لا يمنع الاستيفاءَ ، بل يجب القبولُ ولا يُشترط فيه [٦] رضًا لمستحق [٦] ، كتسليم الصحيح على [٧] المكسَّر ، والأجودَ عن الأرْدَأ ، والحالِّ عن المؤجَّل ، وفي [٨] بعض الأحوال جازت الحوالة .

فإن [٩] كان يفتقر إلى الرضا المجرَّدِ دون المعاوضة : ففيه وجهان .

الشرط الثاني للدَّيْن [١٠] : أن يكون لازمًا ، أو مصيره إلى اللُّزوم ، فتجوز الحوالةُ

---

(١) في (أ) : « للتصرف » .

(٢) والأصح من هذين الوجهين : أنه لا يعتبر رضا المحال عليه . انظر : روضة الطالبين : (٢٢٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٢٣/٤) .

(٣) في (أ) : « فإنها » .

(٤) في (ب) : « ووصفًا وجنسًا » .

(٥) في (أ) : « وإن » .

(٦) في (أ) : « رضا المستحق » .

(٧) في (أ) : « عن » .

(٨) في (أ) : « في » .

(٩) في (أ) : « وإن » .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « الدين » ، والمثبت من (أ) .

بالثَّمَنِ (١ وعلى الثمن ١) في مدة الخيار على الصحيح (٢) ، ثم إن فسخ انقطعت الحوالةُ .

وفي نُجُوم الكتابة ثلاثةُ أوجه (٣) ؛ أحدها : المنع ؛ لأنه ليس بلازم [عليه] (٤) .

والثاني - نُقِلَ عن ابن سُرَيْج - : جواز الحوالة به وعليه جميعًا ؛ لثبوته وتأكُّدِه .

والثالث : أنه لا تجوز الحوالةُ عليه ؛ إذ لو صحَّ لعُتِقَ العبدُ (٥) ولصار الدينُ لازمًا على العبد ، وتصح حوالةُ العبد به فيَبْرَأُ العبدُ ويُعْتَق ويَلْزَمُ الدينُ في ذمة المحال عليه ، فلا بُعْدَ فيه .

فرعان :

أحدهما : إذا أفلس المحالُ عليه أو جَحَد لم يَثْبُتِ الرجوعُ على المحيل بالدين ، خلافًا لأبي حنيفة (٦) .

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٢٢٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٢٤/٤) .

(٣) قال في الروضة : « المسألة الثانية : إذا أحال السيدُ على مكاتبه بالنجوم لم يصح على الأصح . وقال الحليمي : يصح . ولو أحال المكاتبُ سيدَه بالنجوم ، صح على الأصح ، وبه قطع الأكثرون » .

انظر : روضة الطالبين (٢٣٠/٤) ، مغني المحتاج (١٩٤/٢ - ١٩٥) ، نهاية المحتاج (٤٢٥/٤) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) كلمة : « العبد » : ليست في (ب) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن المحال عليه لو أفلس بعد الحوالة ، أو جحد وحلف ، فلا يكون للمحتال الرجوعُ على المحيل بالدين .

ومذهب الحنفية : أنه ليس للمحتال الرجوعُ على المحيل إلا في حالين : الأول : إذا جحد المحالُ عليه الحوالةَ وحلف ولا بينةَ عليه . الثاني : إذا مات المحال عليه مفلسًا .

هذا عند أبي حنيفة ، وزاد أبو يوسف ومحمد حالًا ثالثًا وهو : أنه يجوز الرجوع على المحيل إذا حكم=

أما إذا كان الإفلاسُ مقارنًا وجَهِلَه المحتالُ ، ففي ثبوت الخيار ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يرجع ، كما [إذا كان طارئًا] (١) .

والأظهر (٢) : الثبوت ، فإن أخَذَ (٣) استيفاءً أو عِوَضًا معيبًا (٤) ، فله الردُّ .

والثالث : أنه (٥) لا يثبت الخيارُ إلا إذا شرط كونه مَلِيًّا ، وهذا يلتفت على أن خيارَ الشرط هل يتطرَّقُ إلى الحوالة بتغليب (٦) مشابهِ المعاوضة (٧) فيه ؟

الثاني : إذا حال (٨) المشتري البائعَ بالثمن على إنسان ، فردَّ عليه المبيعَ [بالعيب] (٩) ،

= الحاكمُ بإفلاس المحال عليه في حال حياته .

انظر : روضة الطالبين : (٢٣٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٥/٢ ، ١٩٦) ، نهاية المحتاج : (٤٢٨/٤ ، ٤٢٩) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (٢١٣/١) ، مختصر الطحاوي : (١٠٢ ، ١٠٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (١١١/٢) .

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٢) والصحيح من هذه الوجوه : أنه لا خيار للمحتال . قال في الروضة : « فلو كان مفلسًا حال الحوالة ، فالصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب : أنه لا خيار للمحتال ، سواء شُرِطَ يسارُ ، أو أُطْلِق .

وفي وجه : يثبت خياره في الحالين . وفي وجه : يثبت إن شُرِط فقط . واختار الغزالي ، الثبوت مطلقًا ، وهو خلاف المذهب » . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٥/٢ ، ١٩٦) ، نهاية المحتاج : (٤٢٨/٤ ، ٤٢٩) .

(٣) في (أ) : « أخذه » .

(٤) في (أ) : « معيَّنًا » .

(٥) كلمة : « أنه » : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « لتغليب » .

(٧) في (أ) : « المعاوضات » .

(٨) في (أ) : « أحال » .

(٩) زيادة من (ب) .

فالذي ذكره المزني [١] - رحمه الله - تحرِّيًا : أن الحوالةَ تنفسخ ، وتخريجُ [٢] المزني معدودٌ من مذهب الشافعي رضي الله عنه .

ونصَّ في المختصر الكبير على أنها لا تَبْطُلُ ؛ فقال : للأصحاب [٣] قولان ، مأخذهما : تغليبُ مشابهِ الاستيفاءِ أو الاعتياضِ ، وموجبُ الاعتياض أنه لا ينقض .

والأصح [٤] : أنه ينفسخ ، كما لو استحقَّ مُكَسَّرًا فاستوفى الصحيحَ ، وفُسِخَ البيعُ : رَدَّ الصحاحَ [٥] ، وإن كان فيه شبهُ المعاوضة .

ولو جرى ذلك قبل قبضِ المبيع : فمنهم من قطع بفسخ الحوالة ؛ لأنه ردَّ المبيعَ من أصله ، على رأي .

ولو جرى بعد قبض المحتال : منهم من قطع بأنه لا ينفسخ ؛ لأنه تأكَّدَ بالقبض .

ولو جرى في الصداق ، ثم عاد النِّصْفُ بالطلاق [٦] : منهم من قطع بأنه لا ينفسخ ؛ لأنه في حكم رَدٍّ مبتدأ ، بخلاف ما لو فُسِخَ النكاحُ بسبب ، ولذلك تمتنع [٧] بالزيادة المتصلة .

---

(١) انظر مذهب المزني في : مختصر المزني (٢/٢٢٧) .

(٢) في (أ) : « وتحرِّي » .

(٣) في (أ) : « الأصحاب » .

(٤) قال في الروضة : « إذا اشترى عبدًا ، وأحال البائعَ بالثمن على رجل ، ثم علم بالعبد عيبًا قديمًا ، فرده بالعيب أو بالإقالة ، أو التحالف ، أو غيرها ، ففي بطلان الحوالة ثلاثة طرق : أحدها : البطلان . والثاني : لا . والثالث : على قولين . أظهرهما : البطلان ، وهما مبنيان على أنها استيفاء أم بيع ؟ إن قلنا : استيفاء ، بطلت ، وإلا فلا .

قلت : المذهب : البطلان ، وصحَّحه في « المحرر » . والله أعلم » . انظر : الروضة : (٤/٢٣٣) .

(٥) في (أ) : « الصحيح » .

(٦) يوجد هامش في الأصل ، ليس له مكان ، ولا علامة توضِّح مكانَه ، وأظنه تعليقًا من الناسخ .

(٧) في (أ) : « يمنع » .

ولو أحال البائعُ على المشتري بدَيْن : منهم [من] [1] قطع بأنه لا ينفسخ ؛ لأنه تعلَّقَ الحقُّ بثالث ، فلا سبيلَ إلى إبطاله .

ومن الأصحاب من طَرَدَ الخلافَ في [2] كلِّ هذه الصورِ [2] من غير فَرْقٍ .

التفريع :

إن قلنا : لا ينفسخ ، فليس عليه رَدُّ عَيْنِ ما أخذه من المحال عليه ، وإن [3] لم يكن استوفى بعد فهل يَغْرَمُ للمشتري في الحال ؟ وجهان [4] :

إن قلنا : لا يغرم فالظاهرُ أنه يُطالِبُه المشتري لتحصيله من جهة المحال عليه حتى يغرم له ، فإنه لا سبيل إلى قطع مطالبته بالتأخير إلى غير نهاية .

وإن قلنا : ينفسخ ، فلو قَبَضَ لم يَقَعْ عن جهة المحتال ، وهل يقع [5] عن جهة المشتري المحيل [5] ؟ فيه وجهان [6] .

ووجه وقوعه : أن الفسخَ قد [7] وَرَدَ على خصوص جهةِ الحوالة ، لا على ما تَضَمَّنَه من الإذن في الأخذ ؛ فيُضَاهِي تردُّدَ العلماء في أن الوجوبَ إذا نُسِخَ هل يبقى الجواز ؟ وأن من يُحْرِمُ بالظُّهْرِ قبل الزَّوَال هل ينعقد نفلًا ؟

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « هذه الصورة كلها » .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « فيه وجهان » . والأصح من هذين الوجهين : أنه لا يغرم للمشتري . انظر : روضة الطالبين (٢٣٤/٤) .

(٥) في (أ) : « عن جهة المحيل المشتري » .

(٦) الأصح من هذين الوجهين : أنه لا يقع عن المشتري . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٤/٤) .

(٧) كلمة : « قد » : ليست في (أ) .

الباب الثاني في التنازع

وفيه مسائل :

الأولى : إذا باع عبدًا وأحال بثَمَنِه على المشتري ، فقال العبد : أنا حرُ الأصل ، وصدَّقه المتبايعان والمحتالُ : فقد بَطَلَ البيعُ والحوالة ، فلو كذَّبه المحتالُ : بطل البيعُ في حَقِّهما ولم تَبْطُل الحوالةُ ، إذ ثبت له حقٌ لازمٌ ، وقولُهما ليس بحُجَّةٍ عليه .

الثانية : إذا قال / مستحق الدين : أحَلْتَني على فلان . وقال [١] : لا ، بل وَكَّلْتُكَ ٩٢/أ باستيفاءِ [٢] ديني منه ، فالقولُ قولُ الآمرِ في نفي الحوالة ، ثم إن لم يكن قد قبض فليس له القبْضُ ؛ لأنه أنكر الوكالةَ فانعزل .

وفي مطالبة [٣] منكِرِ الحوالة بأصل الدين ، وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه اعترف ببراءته بما ادَّعاه من الحوالة .

والثاني [٤] : بلى ؛ لأنه لم يَسْلَمْ له ذلك ، فَلْيَرْجِعْ حتى لا يتعطَّلَ حقُّه بمجردِ [٥] إنكاره .

أما إذا كان قد قَبَضَ وهو قائمٌ فللموكِّل أخْذُه ، إلا إذا مَنَعَه حقَّه ، فله أن يتملَّكَه ؛ لأنه من جنس حقِّه ، وإن كان تالفًا فلا مطالبةَ بأصل الدين ؛ لأنه بزَعْمِه قد استوفى وتَلِفَ في يده من ضمانه ، وبَرِئَ المحالُ عليه على كل تقدير .

أما إذا قال المستحق : وَكَّلْتَني . وقال مَنْ عليه : لا ، بل أحَلْتُكَ وما وكَّلتك ، فإن كان قبل القبض فلا يستوفي ؛ لأن المالك أنكر الوكالةَ ، وللمستحق مطالبتُه ؛ إذ لا يَسْقُطُ حقُّه بدعوى مَنْ عليه الدينُ الحوالةَ مع إنكار المستحق .

---

(١) في (أ) : « فقال » .

(٢) في (أ) : « في استيفاء » .

(٣) في (أ) : « مطالبته » .

(٤) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٣٦) .

(٥) في (أ) : « لمجرد » .

وإن كان بعد القبض ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يملكه الآن ؛ لأنه من جنسِ حقِّه ، والمستحقُّ يَزْعُمُ أنه مِلْكُه .

والثاني [١] : أنه لابُدَّ من مطالبته بالحق وردٌّ [٢] هذا عليه إلى أن يجري تمليكٌ صحيح .

وإن جرى النزاعُ بعد التَّلَف ، ففي ضمانه وجهان :

أحدهما [٣] : لا ضمان ؛ لأنه مُصدَّقٌ في نَفْي الحوالة ، فقد تَلِفَ في يده أمانة بحكم الوكالة .

والثاني : أنه يضمن ؛ لأنه مصدَّقٌ [٤] في نفي الحوالة لا في إثبات الوكالة ، فينفعُه في بقاء دَيْنِه ، ولا ينفعه في إسقاط الضمان .

والأصل : أن ما تَلِفَ في يده من مِلْكِ غيره فهو مضمونٌ ، وهذا كالبائع إذا أنكر قِدَمِ العَيْبِ : صُدِّق فيه ، ولا يَثْبُتُ به حدوثُه ، ولذلك لا يُطالب بأرشه إذا رُدَّ إليه بسبب آخر .

فإن قيل : فلو اتُّفِقَ على جريان لفظ الحوالة ، فقال اللَّافظُ : أردت به الوكالةَ [دون الحوالة] [٥] ، أو قال القابل : قَبِلْتُ الوكالةَ دون الحوالة ؟

---

(١) قال في الروضة : « وإن قبض المالَ من عمرو فقد برئت ذمةُ عمرو . ثم إن كان المقبوضُ باقيا ، فقد حكى الغزالي وجهين : أحدهما : يطالبك بحقه ، ويرد المقبوض عليك .

والثاني – وهو الصحيح – : أنه يملكه الآن وإن لم يملكه عند القبض ؛ لأنه من جنس حقه ، وصاحبه يزعم أنه ملكه » . انظر : الروضة : (٢٣٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٨/٢) .

(٢) في (أ) : « فيرد » .

(٣) قال في الروضة : « وإن تلف بتفريط فلك عليه الضمانُ ، وله عليك حقُّه ، وربما يقع التقاصُّ . وإن لم يكن منه تفريط فلا ضمان ؛ لأنه وكيلٌ أمين . وفي وجه ضعيف : يضمن ؛ لأن الأصلَ فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره الضمان ، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه تصديقُه في إثبات الوكلة ، ليسقط عنه الضمان » . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٩٨/٢) .

(٤) في (أ) : « يُصدَّق » .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

قلنا : فيه قولان :

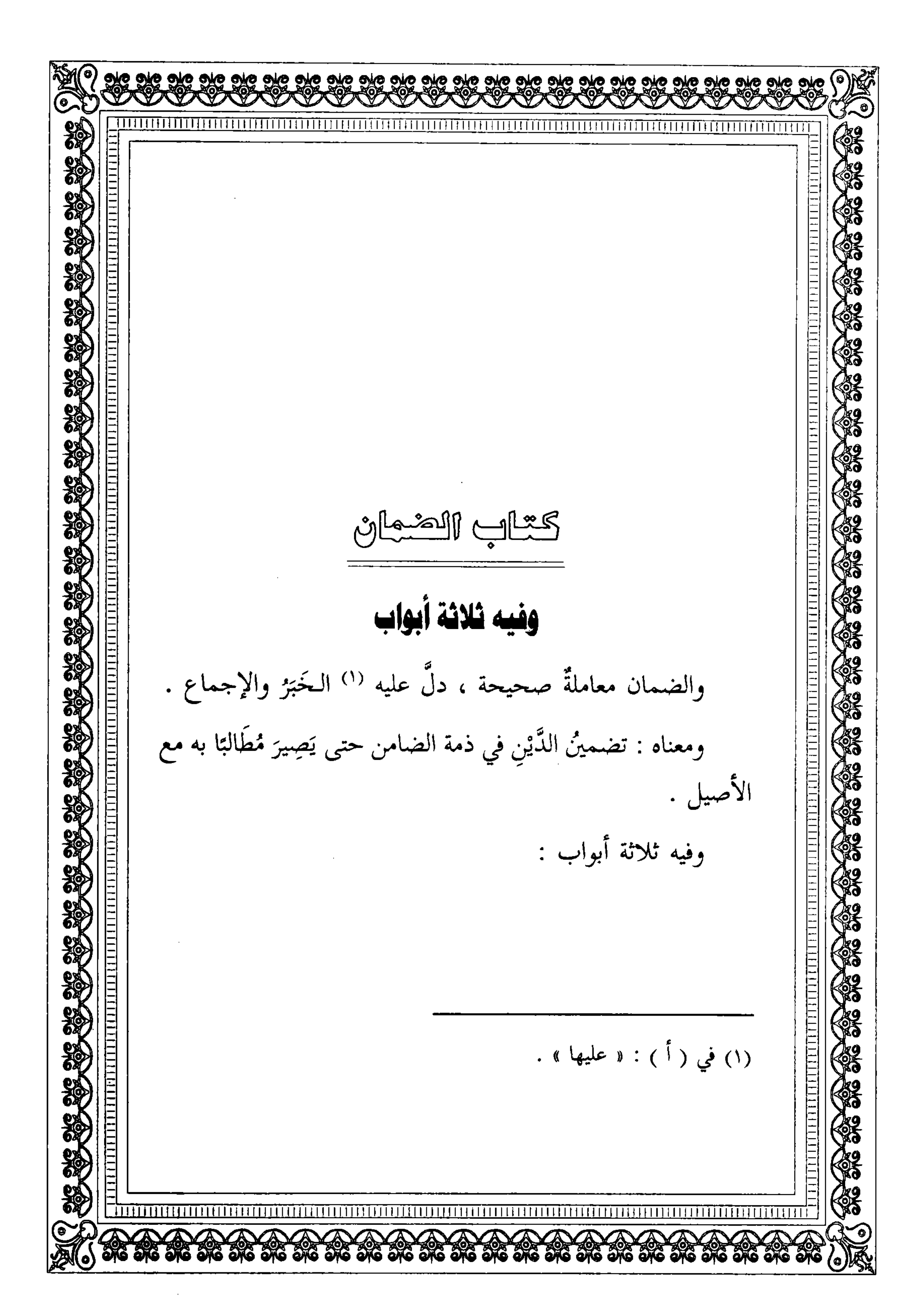
أحدهما : [أن] [1] النظر إلى ظاهر اللفظ .

والثاني [2] : أن المتبعَ قولُ اللافظ ونِيَّتُه .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) والأصح : أن القولَ قولُ اللافظ مع يمينه ، وذكر النووي أنهما وجهان وليسا قولَين . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٦/٤ ، ٢٣٧) .





كتاب الضمان

وفيه ثلاثة أبواب

والضمان معاملةٌ صحيحة ، دلَّ عليه [1] الخَبَرُ والإجماع .

ومعناه : تضمينُ الدَّيْنِ في ذمة الضامن حتى يَصِيرَ مُطَالبًا به مع الأصيل .

وفيه ثلاثة أبواب :

---

(١) في (أ) : « عليها » .



الباب الأول

في أركانه وهي ستة [١] :

الأول : المضمون عنه

ولا يُشتَرط رضاه ؛ لأن لغيره أن يَقْضِيَ دَيْنَه بغير إذْنِه ، فكذا له أن يَضْمَنَ . ولا يُشترط حياتُه ويسارُه ، بل يصح الضمانُ عن الميت المفلِسِ ، خلافًا لأبي حنيفة [٢] .

وهل يُشترط كونُه معلومًا عند الضامن ؟ فيه وجهان :

أحدهما [٣] : لا ؛ إذ لا تعلُّقَ لمعاملته به ، ولذلك لم نشترط رضاه .

والثاني : نعم ، فإن الضامن قد يُعَوِّلُ على كونه المضمونَ عنه مَلِيًّا أو متشمِّرًا للأداء ، ففي الضمان عن المجهول غَرَرٌ .

* * *

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) « أربعة » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه يصح الضمانُ عن الميت ، وهو مذهب أبي يوسف ، ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة .

وقال أبو حنيفة : لا يصح الضمان عن الميت .

انظر : روضة الطالبين : (٢٤٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٣٨/٤) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٠٩/٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٧٠/٢) .

(٣) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٢٤٠/٤) .

الركن الثاني : المضمون له

وفي شرط معرفته وجهان مُرتَّبان على المضمون عنه ، وأولى بألا يُعتبر [(١)] ؛ لأن [(٢)] المطالبةَ [(٣)] تتجدَّدُ له فيختلف الغرضُ باختلاف المطالبِين في المساهَلة والمضايقة .

إن [(٤)] قلنا : يُشترط معرفتُه ، ففي اشتراط رضاه وجهان :

أحدهما : بلى ؛ إذ تجدَّدَ له مِلْكُ مُطَالبةٍ لم تكن ، وليس [(٥)] له أن يملك غيره بغير رضاه .

والثاني [(٦)] : لا ؛ لأن الدَّيْنَ ليس يَزِيدُ ، إنما هذه إمكانُ مُطَالبةٍ مع بقاء الدين على ما كان [عليه] [(٧)] .

فإن قلنا : يُشترط رضاه ، ففي اشتراط قبوله وجهان [(٨)] يَقْرُبان من الوجهين في اشتراط قبولِ الوكيل ؛ لأن التوكيلَ إثباتُ سَلْطَنَةٍ [لم تكن] [(٩)] للوكيل ، كما أن الضمانَ إثباتُ سلطنةٍ للمضمون له .

فإن قلنا : لا يُشترط قبولُه ، اكتُفِيَ بالرضا ، وإن تقدَّم على الضمان .

* * *

(١) والأصح ماذكره في الروضة : أنه يُشترط معرفتُه على الأصح .

انظر : روضة الطالبين : (٢٤٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٣٧/٤) .

(٢) في (أ) : « ولأن » .

(٣) في (أ) : « المطالَب » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « فليس » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٤٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٠/٢) .

(٧) زيادةمن (أ) .

(٨) والأصح من هذين الوجهين : أنه لا يشترط قبوله لفظًا . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٣٨/٤) .

(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

الركن الثالث : الضامن

ولا يُشترط فيه إلا صحةُ العبارة ، وكونُه من أهل التبرع ، فإن الضمانَ تبرُّعٌ ، فضمانُ المكاتبِ كتبرعه ، وضمانُ الرَّقِيقِ دون إذن السيدِ فيه وجهان [1] ذكرناه [2] في شرائه ، وفائدة صحته : أن يُطَالِبَ به إذا عَتَقَ . وإن [3] ضمن بالإذن : صحَّ ، وفي تعلُّقِه بكَسْبِه ثلاثة أوجه :

أحدها [4] أنه يَتعلَّقُ [به] [5] كالمَهْرِ ونفقةِ النكاح ؛ فإن الإذنَ في الالتزام إذنٌ في الأداء ، والكسبُ متعين لأدائه .

والثاني : لا ، بل إذنُه رضًا [6] بما للعبد [6] الاستقلالُ به على أحد الوجهين .

والثالث : أنه يتعلق بكسبه إن كان مأذونًا في التجارة ، وإلا فلا .

هذا إذا لم يكن عليه دَيْنٌ ، فإن كان عليه دين وحُجِرَ عليه : فلا يتعلَّقُ بكسبه وإن أَذِنَ فيه السيدُ ؛ إذ ليس للسيد التبرعُ بما في يده . وإن لم يُحْجَرُ [عليه] [7] فثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأنه في حكم المرهون بالدين .

والثاني : يتعلق ؛ لأنه لم يَجْرِ حَجْرٌ ورَهْنٌ .

والثالث [8] : أنَّ قَدْرَ الدين يُستثنى ، فإن فَضَل شيءٌ تعلَّق به الضمانُ .

---

(١) والأصح من هذين الوجهين : أن ضمان العبد لا يصح بدون إذن سيده . انظر روضة الطالبين : (٤/ ٢٤٢) ، مغني المحتاج : (٢/١٩٩) ، نهاية المحتاج : (٤/٤٣٥) .

(٢) في (أ) : « ذكرناهما » .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) قال في الروضة : « وإن اقتصر على الإذن في الضمان ، فإن لم يكن مأذونًا ، ففيه أوجه :

أصحها : يتعلَّقُ بما يكسبه بعد الإذن كالمهر . والثاني : يكون في ذمته إلى أن يعتق ؛ لأنه أذِنَ في الالتزام دون الأداء . والثالث : يتعلق برقبته .

وإن كان مأذونا له في التجارة ، فهل يتعلق بذمته أم بما يكسبه بعد ؟ أم به وبما في يده من الربح الحاصل ؟ أم بهما وبرأس المال ؟ فيه أوجه ، أصحها : آخرها » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٤٣) .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (أ) : « ما ليس للعبد » .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٤٣) .

الركن الرابع : المضمون به

وشرطه : أن يكون حقًّا ثابتًا ، لازمًا ، معلومًا .

القيد الأول : الثبوت : احْتَرَزْنَا به عما إذا قال : ضَمِنْتُ لك من [1] فلان ما تَقْرِضُه منه ، أو ثمنَ هذا المبيعِ إذا بِعْتَه ، فهو باطلٌ على القول الجديد ، وصحيحٌ على القديم .

وفي ضمان نفقة الغَدِ [2] للمرأة ، وكذا كل ما لم يَجِبْ وجرى [3] سببُ وجوبه : قولان مشهوران في الجديد [4] . أحدهما : لا ؛ لأنه لم يَلْزَمْ .

والثاني : نعم ؛ / لأن السببَ مُتقدِّمٌ ، وكأن هذا تأخيرٌ يضاهي التأجيلَ . ٩٢/ب

وضمانُ العُهْدَةِ صحيحٌ في ظاهر المذهب على الجديد والقديم ، وإن كان يخالف قياسَ الجديد من حيث إنه لم يُعْلَمْ لُزُومُه ، فإن البائعَ إن باع مِلْكَ نَفْسِه فما أَخَذَه من الثمن ليس بدَيْنٍ عليه حتى يَضْمَنَ ، ولكنه احْتَمل ذلك فَجُوِّز بعد جريان البيعِ وقبْضِ الثمنِ الضمانُ لمصلحة العقود ، فإنه لا يرغب في معاملة الغرماء إلَّا به . وعليه اشتملت الصُّكُوك في الأعصار الخالية .

وخرَّج ابن سريج قولًا : أنه لا يَصِحُّ أصْلًا .

وفيه قول آخر : أنه يصح قبل قبض الثمن (٥ وبعده ، ومهما جرى البيعُ ، والأعدل : أنه لا يصح قبل قبض الثمن ٥) ؛ حتى يكون سببُ اللزوم على تقدير ثبوتِ

---

(١) في (أ) : « عن » .

(٢) في (أ) : « العَدّ » .

(٣) في (أ) : « ولكن جرى » .

(٤) قال في الروضة : « وفي ضمان نفقة الغد والشهر والمستقبل قولان ؛ بناءً على أن النفقة تجب بالعقد أم بالتمكين ؟ إن قلنا بالأول وهو القديم صح ، وإن قلنا بالثاني وهو الجديد الأظهر فلا ، هكذا نقله عامة الأصحاب . وأشار الإمام إلى أنه على قولين مع قولنا : ضمان ما لم يجب باطل ؛ لأن سببَ وجوب النفقة ناجزٌ وهو النكاح » . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٥/٤) .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

العهدة جاريًا هذا فيه إذا خاف المشتري كونَ المبيع مستحقًّا . فلو كان يخاف فسادَ العَقْدِ من جهة أخرى ، أو كونَ البيع مَعِيبًا ، فضَمِنَ له هذه العهدةَ صريحًا ، فوجهان :

أحدهما : (١) بلى ، كما إذا خاف خروجه مستحقًّا .

والثاني : لا ؛ لأن التعلقَ بالمبيع مُمْكِنٌ هاهنا إلى ردِّ الثمن ، والتحرُّزُ عن المفسدات والعيوب ممكنٌ ، وما بُنِيَ على (٢ الحاجة والمصلحة ٢) يُتَّبَعُ فيه مراتبُ الحاجة .

فإن قلنا : [إنه] (٣) يصح ضمانُه صريحًا ، ففي انْدِرَاجه تحت مطلقِ ضمانِ العهدة وجهان (٤) .

ولو كان يَشُكُّ في كمال الصنجة (٥) ، أو في جودة جنس الثمن : قال ابن سريج : صحَّ هذا (٦) الضمانُ ؛ تخريجًا على ضمان العهدة ، فهذا يَقْرُبُ من مَخَافة العيوب ، فيَعْتَضِدُ به ذلك الوجهُ .

ثم مهما ادَّعى نقصانَ الصنجة (٧) فالقول قول البائع ؛ لأن الأصلَ عدمُ استيفاءِ الكمال ، فإن حلف : طَالَبَ المشتريَ .

وهل يُطالِبُ الضامنَ بمجرد حَلِفِه دون بيِّنَةٍ يُقِيمُها على النقصان ؟ فيه وجهان (٨) ، ووجه (٩) المنع : أن الأصلَ في حقه البراءةُ ، فلا يَنْتَهِضُ يمينُه حُجَّةً عليه .

---

(١) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٢٤٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠١/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٣٩/٤ - ٤٤٠) .

(٢) في (أ) : « المصلحة والحاجة » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « فإن قلنا : يصح إذا ضمن صريحًا ، فحكى الإمام والغزالي وجهين في اندراجه تحت مطلقِ ضمانِ العهدة » . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٧/٤) .

(٥) في (ب) : « السنجة » .

(٦) قوله : « هذا » : ليس في (ب) .

(٧) في (ب) : « السنجة » .

(٨) الأصح من هذين الوجهين : أنه لا يُطالِبُ الضامنَ . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠١/٢) .

(٩) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

القيد الثاني : كون الحقِّ لازمًا . فكلُّ دينٍ لازمٍ يصحُّ ضمانه ، ولا يصح ضمانُ نُجُومِ الكتابة ؛ لأنه لا مصيرَ لها إلى اللزوم . والأصح : صحةُ ضمان الثمن في مدة الخيار ؛ لأن مصيرَه إلى اللزوم ، والجوازُ عارضٌ .

وفي ضمان الجُعْل في الجِعالة وجهان [١] .

القيد الثالث : كونه معلومًا . فلا يصح ضمانُ المجهول على الجديد ، كما لا يصح الإبراءُ عنه .

وفي القديم : يصح ضمانُ المجهول والإبراءُ عنه .

ولا خلافَ في جواز ضمانِ إبِلِ الدِّيَة ، وإن كان فيه [٢] ضَرْبُ جَهَالةٍ ، وكذا الإبراءُ .

وفي طريقة العراق وجه : أن ضمانَه لا يصح للجهل [به] [٣] .

ولو قال : ضمنت من عشرةٍ إلى مائة ، ففي الجديد قولان : الأشهر : الصحة [٤] ؛ لأن الأقْصَى معلومٌ ، وقد وطَّن نَفْسَه عليه .

والأقيس : الفسادُ ؛ لأن الغَرَرَ حاصلٌ بجهل المقدار بين العشرة والمائة [٥] .

* * *

---

(١) والأصح من هذين الوجهين : أنه لا يصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٥٠/٤) .

(٢) في (أ) : « فيها » .

(٣) زيادة من (أ) ، وفي (ب) : « للجهل الصفة » .

(٤) قال في الروضة : « إذا منعنا ضمانَ المجهول ، فقال : ضمنت مما لك على فلان من درهم إلى عشرة ، فوجهان . وقيل : قولان ، أصحهما : الصحة ؛ لانتفاء الغرر » . انظر : روضة الطالبين : (٢٥٢/٤) .

(٥) في (أ) : « إلى المائة » .

الركن الخامس

(1 ويَتشعَّبُ عن المضمون به النظرُ في الكفالة بالبَدَن 1) .

والصحيح الذي عليه الفتوى : صحته ، وعليه جرى الصحابةُ والسَّلَف .

قال المزني [2] : ضَعَّف الشافعيُّ - رضي الله عنه - كفالةَ البدن . فمنهم [3] من جَعَل ذلك ترديدَ [4] قولٍ ، وعلى هذا يصحُّ ضمانُ عينِ المغصوبِ والمبيعِ وكلِّ ما يجب تسليمُه ، ولا يصحُّ ضمانُ عينِ الودائعِ والأمانات ؛ إذ لا يجب تسليمُها ، فكأنَّا نكتفي بأن يكون المضمونُ به حقًّا لازمًا ، ولا يُشترط كونُه دَيْنًا ، فيصح [5] الكفالةُ ببَدَنِ كلِّ مَنْ يجب عليه الحضورُ (6 مجلسَ القضاء 6) باستدعاء المدَّعِي . وكذلك تصح الكفالةُ بالبدن قبل قيام البينة على الدين ؛ لأن مُعْتَمَدَه الحضورُ ، وهو واجبٌ . والأصح : صحته بعد حضور المدَّعَى عليه وإنكارِه ، إذا لم يُقِمِ المدّعِي البينةَ ؛ لأنه بقي له متعلقٌ في إحضاره .

ويصح الضمانُ ببدن الزوجة : وقال - ابن سريج - : يصح الضمانُ ببدن العبد الآبِقِ ، ويجب السَّعْيُ في إحضاره وردِّه ، وتصح الكفالةُ ببدن الميت ؛ إذ قد يستحق [7] إحضاره ؛ ليُشَاهِدَ الشهودُ صورتَه فيشهدون [8] عليه ، ولو تَكَفَّلَ ببدن شخصٍ فمات ، ففي انقطاعه بالموت وجهان [9] ، ووجه [10] القطع : أن مطلقَ التصرفات تُحْمَلُ على

---

(1) في (أ) : « في الكفالة بالبدن وهذا متشعبٌ عن المضمون به » .

(2) قال في « المختصر » : « وضعَّف الشافعيُّ كفالةَ الوجه في موضع ، وأجازها في موضع آخر ، إلا في الحدود » . انظر : مختصر المزني : (٢/٢٢٩) .

(3) في (ب) : « ومنهم » .

(4) في (ب) : « تردُّد » .

(5) في (أ) : « فتصح » .

(6) في (أ) : « لمجلس الحكم » .

(7) في نسخة أخرى : « يصح » كذا على هامش الأصل .

(8) في (أ) : « ويشهدون » .

(9) الأصح من هذين الوجهين : عدم الانقطاع بالموت . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٥٨) .

(10) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

حالة الحياة . وفي الكفالة ببدن مَنْ عليه عقوبةٌ ، ثلاثة أوجه [١] :

أحدها : بلى ؛ لأنها من الحقوق .

والثاني : لا ؛ لأنها تُعَرِّضُ السقوطَ بالشبهات .

والثالث : أنها تصح فيما للآدميين ، بخلاف ما يَثْبُتُ لله - تعالى - ، ولو تكفَّلَ بإحضارِ شخصٍ ببغداد ، والمكفولُ ببدنه بنيسابورَ : لم يَجُزْ ؛ لأنه لا يلزمه الحضورُ على هذا الوجه .

فإن قيل : بماذا يَخْرُجُ عن عُهْدَةِ هذه الكفالة ؟ قُلنا : بإحضاره في المكان الذي الْتَزَمَه ، وبتعيُّنِ المكان الذي عيَّنَ ، فإن سلم فقال : لا أُرِيدُه الآن ، فقد خَرَج عن العهدة ، إلا إذا كان عاجزًا عن التعلق به ؛ لاستناده إلى ركنٍ وثيق ، فإن غاب حيث يُعْرَفُ خَبَرُه ، فعلى الكفيل السَّعْيُ في إحضاره ، ويُمْهَلُ مدة الذهاب والمجيءِ ، فإن لم يُحْضِرْه حُبِسَ ، فإن [٢] حضر الأصيلُ وسَلَّمَ نَفْسَه بَرِئَ الكفيلُ ، كما لو أدَّى المضمونُ عنه برئَ الضامنُ من [٣] الدين ، فإن عجز عن إحضاره بموته أو هُرُوبِه ، فالأصح : أنه لا يَلْزَمُه شيءٌ ، وهو معنى تضعيفِ « الشافعي - رضي الله عنه - كفالةَ البدن .

والثاني : أنه يلزمه بدلُ الحضور الذي عجز عنه ، ثم فيه وجهان [٤] : أحدهما : أنه

---

(١) قال في الروضة : « فلو تكفَّل ببدن مكاتب للنجوم التي عليه لم يصح . فإن كان عليه عقوبةٌ ، فإن كانت لآدميٍّ كالقصاص وحَدِّ القذف صحت الكفالة على الأظهر . وقيل : لا تصح قطعًا . وإن كانت حدًّا لله تعالى لم تصح على المذهب . وقيل قولان » . انظر : روضة الطالبين : (٢٥٣/٤) .

(٢) في (أ) : « وإن » . (٣) في (أ) : « عن » .

(٤) قال في الروضة : « إذا مات المكفولُ به ففي انقطاع طلب الإحضار عن الكفيل وجهان :

أصحهما : لا ينقطع ، بل عليه إحضارُه ما لم يُدْفَنْ إذا أراد المكفولُ له إقامةَ البينة على صورته ، كما لو تكفل ابتداءً ببدن الميت .

والثاني : ينقطع . وهل يُطالِبُ الكفيلَ بمال ؟ وجهان : أصحهما : لا ؛ لأنه لم يلتزمه . كما لو ضمن المسلمَ فيه فانقطع ، فإنه لا يطالب بردِّ رأس المال . والثاني : يطالب ، وبه قال ابن سريج ؛ لأنه وثيقةٌ =

يلزمه الدَّيْنُ بالغًا ما بلغ ، فهو الأصلُ مهما قامت البينةُ عليه ، والثاني : يلزمه / ديةُ ٩٣/أ المكفُولِ ببدنه ، فإنه بدلُ بَدَنِه ، إلا إذا كان الدينُ أقلَّ منه .

واشتراطُ رضا المكفول ببدنه (١) يُبتنى (٢) على هذا ، فإن قلنا : الالتزامُ مقصورٌ على الحضور ، فلا يجوز دون رضاه ؛ لأنه ليس يَقْدِرُ على الاستبداد بالنقض (٣) عنه ، وإن قلنا : يلزم المالُ ، فله الانفرادُ بهذه الكفالة ، كما [يلزمه] (٤) بضمان المال ، فلو أنكر المكفولُ به الرضا ، فهل له تكليفه الحضورَ ؟ فيه وجهان (٥) .

ووجه (٦) التجويز : أن الحضورَ مستحقٌّ ، والكفيلُ لا يتقاعد عن الوكيل .

قال صاحب التقريب : فعلى هذا ينبغي أن تصح الكفالةُ بغير إذنه ، ويَقْدِرُ على

= كالرهن . وعلى هذا هل يطالب بالدَّيْن ، أم بأقلِّ الأمرين من الدين ودية المكفول به ؟ وجهان ؛ بناءً على القولين في أن السيد يفدي الجاني بالأرش ، أم بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد ؟

قلت [أي : النووي] : المختار : المطالبة بالدين ؛ فإن الديةَ غيرُ مستحقة ، بخلاف قيمة العبد » انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٥٨) .

(١) في (أ) : « المكفول به » . (٢) في (أ) : « مبني » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « بالنقضي » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « الثامنة : يُشترط رضا المكفول ببدنه على الصحيح ، ولا يُشترط رضا المكفول له على الصحيح ، فإذا كَفَلَ بغير رضا المكفول به ، فأراد إحضارَه لطلب المكفول له ، نُظِر : إن قال : أحْضِر خَصْمي ، فللكفيل مطالبتُه بالحضور ، وعليه الإجابةُ لا بسبب الكفالة ، بل لأنه وكَّله في إحضاره . وإن لم يقل ذلك ، بل قال : أخْرِج عن حقِّي ، فهل له مطالبةُ المكفول به ؟ وجهان :

أحدهما : لا كما لو ضمن عنه بغير إذنه مالًا ، وطالب المضمونُ له الضامنَ ، فإنه لا يُطالِبُ المضمونَ عنه . وذكروا على هذا أنه يحبس ، واستبعده الأئمة ؛ لأنه حبس على ما لاَ يَقْدِرُ عليه .

والثاني : نعم ؛ لأن المطالبةَ بالخروج عن العهدة تتضمن التوكيلَ في الإحضار » .

(٦) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

تكليفه الحضورَ ؛ لأنه لا يتقاعد عن الوكيل .

فروع أربعة :

الأول [١] : إذا مات المكفولُ له ، هل ينتقل حقُّه إلى ورثته ؟ فيه ثلاثة أوجه ذكرها ابن سريج : أحدها : لا ؛ لأنه حقٌّ ضعيفٌ ، ولم يَلْزَمْ [٢] إلَّا له .

والثاني [٣] : بلى ، كسائر الحقوق ، وهو الأقيس .

والثالث : إن كان في التَّرِكَةِ دينٌ أو وصيٌّ يثبت [٤] ، وكأنه نائبٌ عن جهته .

الثاني : إذا كَفَلَ ثلاثةٌ ببدنِ إنسانٍ ، فأحضره واحدٌ برئ هو .

قال المزني [٥] : وبرئ صاحباه كما في ضمان الدين .

قال ابن سريج : لا يَبْرَأُ صاحباه ، بخلاف أداءِ الدين فإن المقصودَ قد حَصَل ، ثم [٦] وهاهنا لا يَحْصُلُ [٦] بمجرد الحضور .

الثالث : لو تكفَّل ببدن الكفيل : جاز ، ولو ضمن الضامن بالمال جاز .

وإذا تكفل ثلاثةٌ ببدنِ إنسانٍ ، وكلٌّ واحدٍ تكفَّلَ ببدن صاحبه : جاز ، فإن أحضر واحدٌ برئ هو عن كفالته ، وبرئ مَنْ تكفَّل ببدن الذي أحضره ، وأمر الباقين [في إحضار الخصم] [٧] يخرج على مذهب المزني وابن سريج .

الرابع : لو ضمن تسليمَ عين المبيع فتَلِفَ قبل القبض : انفسخ البيعُ ، فإن قلنا :

---

(١) في (أ) : « أحدها » .　　　(٢) في (أ) : « يلتزم » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٥٩/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٦/٢) .

(٤) في (ب) : « بقيت » .

(٥) انظر : مختصر المزني : (٢٢٨/٢) ، روضة الطالبين : (٢٥٧/٤) .

(٦) في (أ) : « ولا يحصل هاهنا » .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

الكفيلُ عند العجز لا يَغْرَمُ شيئًا ، فكذلك هذا ، وإن قلنا : إنه يغرم ، فهذا على وجه : يَغْرَمُ الثمنَ [1] ، وعلى وجه : أقلّ الأمرَيْن من الثمن أو القيمة يوم التلف .

وقيل : يُعتبر أقصى القِيم كما في الغاصب .

* * *

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٥٥) .

الركن السادس [١]

في [٢] الصيغة وما يقترن بها من شرط و [من] [٣] تقييد .

وفيه مسائل :

الأولى : أن الضمانَ يَصِحُّ بكلِّ لفظٍ يدل على الالتزام . كقوله : تَقَلَّدت ، والْتزمْتُ ، [٤] وضَمِنْتُ ، وتكفَّلت [٤] ، وتحمَّلت ، ولا يصح بقوله : أُؤَدِّي ، وأحضره [٥] ؛ لأنه وَعْدٌ .

الثانية : تعليقُ الضمانِ باطلٌ على الجديد ، وهو أن يقول : ضمنت إذا جاء رأسُ الشهر ، أو إذا [٦] بِعْتُ من فلانٍ ، أما تعليقُ الكفالة بالبدن على مجيءِ رأسِ الشهر : ذَكَرَ ابن سريج وجهين [٧] .

وفي التعليق على الحَصَادِ وجهان مرتبان ، وأولى بالمنع .

وعلى قدومِ زيدٍ وجهان مرتبان ، وأولى بالمنع ، ولو نَجَّز الكفالةَ وشَرَط تأخيرَ الطلب [٨] إلى مجيء الشهر : فهي أولى بالجواز .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الخامس » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « وتكفلت وضمنت » .

(٥) في (أ) : « فأحضره » .

(٦) في (أ) : « وإذا » .

(٧) قال في الروضة : « ولو علَّق كفالةَ البدن بمجيء الشهر ، فإن جوزنا تعليقَ المال فهي أولى ، وإلا فوجهان ، كالخلاف في تعليق الوكالة ، والفرق : أن الكفالةَ مبنيةٌ على المصلحة والحاجة . ولو علَّقها بحصاد الزرع فوجهان مرتبان ، وأولى بالمنع ؛ لانضمام الجهالة . وإن علقها بقدومِ زيد ، فأولى بالمنع ؛ للجهل بأصل حصول القدوم ، فإن جوزنا ، فوجد الشرط المعلق عليه صار كفيلًا » . انظر : الروضة : (٢٦١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٥٦/٤) .

(٨) في (أ) ، و (ب) : « الطلبة » .

وهذا الخلافُ ليس يَجْري في ضمان المال ولا في الإبراء ؛ لأن كفالةَ البدن تنبني على المصلحة [١] فاتُّبعت فيه [١] الحاجات .

أما إذا قال : أَلْقِ متاعَك في البحر ، وعليّ ألفٌ : لَزِمَه ، كما إذا قال : طَلِّقْ زوجتَك وأعْتِقْ عَبْدَكَ وعليّ ألفٌ ؛ لأنه التزامٌ لغرضٍ صحيح .

ولو قال : بِعْ عَبْدَك من فلانٍ بمائة ، وعليّ مائةٌ أخرى فوجهان ؛ الأصح : أنه لا يلزمه ؛ إذ لا يَظْهَرُ له فيه غرضٌ .

الثالثة : لو شرط في ضمان الدينِ الحالِّ أجلًا : لم يَثْبُتِ [٢] الأجَلُ ؛ لأنه يَضْمَنُ ما عليه ، فهو تابعٌ فلا يُغَيِّرُ وَصْفَه .

وفي طريقة العراق جوازُ ذلك ؛ لأنه نوع رِفْقٍ ، فجاز إثباتُه ، ويشهد له قَطْعُ ابن سريج بأنه لو نَجَّزَ كفالةَ البدن وشَرَطَ تأخيرَ التسليم شهرًا : جاز ، ولكن احْتُمل في كفالة البدن ما لم يُحْتَمَلْ في الضمان .

ثم قال المزني : لو أحضره قبل الشهر ، برئ عن العهدة .

وقال ابن سريج : يُنْظَر : إن كان الدينُ مؤجّلًا ، أو كانت البينةُ غائبةً : فلا يبرأ ، وإن لم يكن له غَرَضٌ فيخرج على أن الحقَّ المؤجَّلَ إذا عُجِّل هل يُجْبَرُ على قبوله ؟ وفيه قولان .

ثم إذا أفسدنا شرطَ الأجَلِ في ضمان الدينِ الحالِّ ، ففي فساد الضمانِ بفساد الشرط وجهان [٣] .

---

(١) في (أ) : « فاتبع فيها » .

(٢) والذي رجّحه في الروضة : ثبوت الأجل ، وبهذا قطع الجمهور ، كما في الروضة : (٢٦٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٥٧/٤ ، ٤٥٨) .

(٣) قال في الروضة : « وإن ضمن الحالَّ مؤجّلًا بأجل معلوم ، فوجهان : أحدهما : لا يصح الضمان ؛ للاختلاف . وأصحهما : الصحة ؛ للحاجة .

وعلى هذا ، فالمذهب ثبوتُ الأجل ، فلا يُطالَبُ إلا كما التزم ، وبهذا قطع الجمهور . وشذَّ إمامُ الحرمين فادّعى إجماعَ الأصحاب على أن الأجلَ لا يثبت ، وأن في فساد الضمان لفساده وجهين ، أصحهما : الفساد » . انظر : روضة الطالبين (٢٦٢/٤) .

ولو ضَمِنَ الدينَ المؤجَّلَ حالًّا ، ففي فساد الشرط وجهان .

((وإن فَسَدَ)) ففي فساد الضمان وجهان (٢) .

الرابعة : لو شرط الضامنُ أن يُعْطِيَ المضمونَ عنه ضامنًا ، ففي صحة شرطه وجهان (٣) ، فإن فسد ففي فساد الضمان وجهان (٤) ، وإن صحَّ فعليه الوفاءُ ، فإن لم يَفِ فله الفسخُ .

الخامسة : لو تكفَّلَ بعُضْوٍ من بدنه ، فيه ثلاثة أوجه (٥) :

أحدها : يصح ؛ لأنَّ في تسليمه تسليمَ الباقي .

والثاني : لا ؛ إذ ليس هو من التصرفات المبنيةِ على السِّراية .

والثالث : أنه إن عيَّن عضوًا لا يَقْبَلُ التسليمَ إلا بتسليم البدن ، كالقلب والبطن والظَّهْرِ : لَزِم ، وإن كان كاليد والرجل : لم يلزم .

* * *

(١) في (أ) : « فإن أفسد » .

(٢) والأصح من هذين الوجهين : صحة الضمان ، كما في الروضة : (٢٦٢/٤) .

(٣) قال في الروضة : « ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيلُ ضامنًا بما ضمن ، ففي صحة الشرط الوجهان . فإن صحَّحنا فوفى ، وإلا فللضامن فسخ الضمان » . انظر الروضة : (٢٦٦/٤) .

(٤) الأصح من هذين الوجهين : فساد الضمان ، كما في الروضة : (٢٦٦/٤) .

(٥) ذكر في الروضة وجهًا رابعًا ، ولم يُرجِّح أيَّ هذه الوجوه . انظر : الروضة : (٢٦٢/٤) .

الباب الثاني : في حكم الضمان الصحيح

وله أحكام :

الحكم [1] الأول

أنه يتجدَّدُ لمستحقِّ الدين مطالبةُ الضامن ، ولا ينقطع مطالبتُه عن المضمون عنه ؛ لأن معناه ضمُّ ذِمَّةٍ إلى ذمة .

وقال مالك [2] : لا يُطَالَبُ الضامنُ ما لم يَعْجَزْ عن المضمون عنه .

وقال ابن أبي ليلى : لا يُطَالَبُ المضمونُ عنه مالم يعجز عن الضامن .

فروع ثلاثة :

الأول [3] : لو أبْرَأَ الضامنَ لم يَبْرَأ الأصيلُ ، ولو أبرأ الأصيلَ بَرِئَ الكفيلُ ، وقوله للضامن : وَهَبْتُ منك ، أو تصدَّقْتُ عليك ، كالإبراء لا كالتوفية ، ثم استئنافُ الهبة حتى [4] لا يَثْبُتَ الرجوعُ ، خلافًا لأبي حنيفة [5] / - رحمه الله - فإنه قال : كالتوفية ٩٣/ب

---

(١) كلمة : « الحكم » : ليست في (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا صح الضمانُ فللمضمون له مطالبةُ الضامن ، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه ، بل له مطالبتُهما جميعًا ، ومطالبةُ أيِّهما شاء .

ومذهب المالكية : أنه ليس للمضمون له مطالبةُ الضامن إلا إذا قَصَرَ مالُ المضمون عنه عن الوفاء بالدين ، فله الرجوع على الضامن بالباقي .

انظر : روضة الطالبين : (٢٦٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٥٨/٤) ، الكافي : (٣٩٨، ٣٩٩) ، القوانين الفقهية : (٣٣١) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣٣٧/٣) .

(٣) في (أ) : « أحدها » .

(٤) كلمة : « حتى » : ليست في (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن ربَّ الدين إذا وَهَبَه للضامن أو تَصدَّق عليه به فهو كالإبراء ، فلا رجوعَ للضامن على المضمون عنه .

ومذهب الحنفية : أن رب الدين إذا وهبه للضامن أو تصدق به عليه فهو كأنه وفّاه دَيْنَه ويكون له الرجوعُ على الأصيل - المضمون عنه - . انظر : مختصر الطحاوي : (١٠٥) .

فله الرجوعُ][1] .

الثاني : لو كان الدينُ مؤجلًا ، ومات الأصيلُ وحَلَّ الدينُ : لم يُطَالِبِ الكفيلَ ؛ لأنه حيٌّ ، ولم يلتزم ذلك أصلًا [2] .

الثالث : لو قضى الضامنُ ثم وُهِبَ [3] منه بعد القبض ، ففي الرجوع خلافٌ [4] كما في هبة الصداق .

* * *

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٢) كلمة : « أصلًا » : ليست في (ب) .

(٣) في (أ) : « وُهِبَه » .

(٤) والأصح : الرجوع ، كما في الروضة : (٤/٢٧٠) .

الحكم الثاني

يجوز [1] للضامن إجبارُ المضمون له على قبول الدين مهما أدَّاه ؛ لأنه صار ملتزمًا ، بخلاف ما إذا أدَّى دينَ غيرِه متبرِّعًا [2] ، فإنه لا يُجْبَرُ على القبول بل له ذلك إن أراد .

ومن أصحابنا مَنْ قال : إن كان الضمانُ في صورة لا يرجع إذا ضمن : لا يلزمه القبولُ ؛ لأن في قبوله إدخالَ المال في مِلْكِ المضمون عنه ضمنًا ، ثم وقوعه عن جهته ، وهو ضعيف .

* * *

(١) في (أ) : « يتجدد » .

(٢) كلمة : « متبرعًا » : ليست في (أ) .

الحكم الثالث

يتجدَّدُ للضامن مطالبةُ المضمون عنه بتخليصه بقضاء الحقِّ (١) . اتفق (٢ الأصحاب عليه ٢) سوى القفال ، فإنه قال : ليس له ذلك في وجه حكاه ، ولو حُبس فهل له أن يقول : احْبِسوا المضمونَ عنه معي ؟ فيه وجهان (٣) . أما المطالبةُ بتسليم الدين إلى الضامن قبل (٤) أن يَغْرَمَ الضامنُ ، ففيه (٥) وجهان : أحدهما (٦) : لا ؛ لأنه رجوعٌ قبل الأداء . والثاني : نعم ؛ لأنه ملتزمٌ له ، فله الاستيفاءُ منه ، وينبني على هذا أنه [إذا] (٧) صار مستحق دين عليه فله أن يشترط كفيلًا عليه (٨) في أصل الضمان ، وله الإبراءُ [عنه] (٩) والمصالحة .

وفي طريقة العراق : أنه لو سَلَّم إلى الضامن ما يُستحب له بقضاء الدين ، هل يَمْلِكُه ؟ وجهان (١٠) : ووجه (١١) التمليك : أنه يستحق (١٢) بسببَيْن : الضمان ، والقضاء ، وقد جرى أحدُهما ، فكان كاليمين مع الحِنْث ، ومأخذُ الخلاف مما ذكرناه (١٣) أولى .

* * *

---

(١) في (أ) : « الدين » . (٢) في (أ) : « عليه الأصحاب » .

(٣) في (ب) : « وجهان أحدهما » . قال في الروضة : « ولو حبس المضمونُ له الضامنَ ، فهل له حبْسُ الأصيل ؟ وجهان ؛ بناءً على التخريج . إن أثبتنا العُلْقَةَ بينهما فنعم ، وإلا فلا ، وهو الأصح » .

انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٦٥) ، مغني المحتاج : (٢/٢٠٩) ، نهاية المحتاج : (٤/٤٦٠) .

(٤) في (ب) : « من قبل » . (٥) في (أ) ، (ب) : « فيه » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في مغني المحتاج : (٢/٢٠٩) .

(٧) زيادة من (أ) . (٨) في (أ) : « عنه » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) قال في الروضة : « وهل للضامن تغريمُ الأصيل قبل أن يغرم حيث ثبت له الرجوع ؟ وجهان ؛ بناءً على التخريج المذكور . وليكن الوجهان تفريعًا على أن ما يأخذه عوضًا عما يقضي به دينَ الأصيل يملكه وفيه وجهان ؛ بناءً على التخريج » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٦٥) .

(١١) في (أ) : « وجه » بدون الواو . (١٢) في (أ) ، (ب) : « مستحق » .

(١٣) في (أ) : « ذكرنا » .

الحكم الرابع : الرجوع بعد الأداء

ونُقَدِّم عليه أنه لو أدَّى دَيْنَ غيره من غير ضمانٍ بغير إذنه : لم يَرْجِعْ ، وإن أدى بإذنه مع شرط الرجوع : رَجَعَ عليه .

وإن أطلق الإذنَ فوجهان [١] يقربان من القولين في أن الهبةَ المطلقةَ هل تقتضي ثوابًا بالعُرْف ؟

ولو [٢] قال : أدِّ دينَ فلانٍ لم يَرْجِعْ على الأمر قطعًا ، ولو قال : أدِّ دينَ الضامن عنِّي ، فهو كما لو قال : أدِّ ديني ؛ لأن له فيه غرضًا .

فرع :

ولو صالح المأذونَ على غير جنسه [٣] ، فثلاثة أوجه :

أحدها : لا يرجع ؛ لأن ما أدَّاه غيرُ مأذون فيه ، فبطل أثرُ الإذن .

والثاني : يرجع [٤] ؛ لأنه مأذونٌ [له] [٥] في أصل الأداء ، وهذه مراضاةٌ في التفصيل جرى بينهما .

والثالث : [أنه] [٦] إن قال : أدِّ ديني رجع [٧] . وإن قال : اقْضِ ما عليَّ لم يرجع ، فإن خالفه [٨] رجعنا إلى الضمان . فإذا ضَمِنَ بإذنه وأدَّى بإذنه : رجع وإن لم يشترط الرجوعَ ، هذا هو المذهب ؛ لأنه إذْنٌ في الالتزام والأداء ، بخلاف مجردِ الإذن في الأداء . وإن ضمن بغير إذنه وغَرِمَ بغير إذنه فلا رجوع . وإن ضمن بإذنه وأدَّى بغير إذنه فثلاثة أوجه :

---

(١) الأصح : أن له الرجوع هنا أيضا ، كما في الروضة : (٤/٢٦٦) ، و مغني المحتاج : (٢/٢١٠) ، ونهاية المحتاج : (٤/٤٦٣) .

(٢) في (أ) : « فلو » .

(٣) في (أ) : « الجنس » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٦٧) ، مغني المحتاج : (٢/٢١٠) ، نهاية المحتاج : (٤/٤٦٤) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « يرجع » .

(٨) في (أ) : « خالف » .

أحدها : أنه لا يرجع ؛ لأن موجبَ الرجوع هو الأداءُ ، وهو غيرُ مأذون .

والثاني : بلى [١] - وهو المنصوص - ؛ لأن الإذنَ في الالتزام إذنٌ في الأداء .

والثالث [٢] : أنه إن طُولِبَ فغرم : رجع ، وإن ابتدأ مبادرًا إليه : لم يرجع .

وإن ضمن بغير إذنٍ وغرم بالإذن ، فوجهان مرتبان على مَنْ لم يضمن إذا أدَّى بالإذن ، فأولى [٣] بأن لا يرجع ؛ لأنه سَبَقَ التزامُه ، فأداؤه خروجٌ عن التزام نَفْسِه ، وهو الأصح . هذا كلُّه إذا شهد [٤] على الأداء ، فلو لم يشهد : فلا رجوعَ له إلا إذا صدَّقه المضمونُ له . والمضمونُ عنه جميعًا [٥] ، فإن صدَّقه (٦ المضمونُ عنه دون ٦) المضمونِ له ، فوجهان :

أحدهما : يَرْجِعُ ؛ مؤاخذةً له بتصديقه .

والثاني [٧] : لا ؛ لأنه لم يَنْفَعْه بأدائه ؛ فلا يرجع به . وإن صدَّقه المضمونُ له وكذَّبه المضمونُ عنه ، فوجهان :

أحدهما : بلى [٨] ؛ لأنَّ البراءةَ حَصَلَتْ باعتراف المضمون له .

والثاني : لا ؛ لأن الأصلَ براءةُ ذِمَّتِه ، وقولُ غيره ليس حُجَّةً عليه ، ولو كان بمَرْأًى من المضمون عنه رَجَعَ ؛ لأن التقصيرَ منسوبٌ إليه في تَرْكِ الإشهاد ، لا إلى الضامن .

ولو أشهد فماتوا أو غابوا : لم يمتنع الرجوعُ ، ولو ادَّعى موتَ الشهود ، وأنكر

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٦٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٠٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٢/٤) .

(٢) في (أ) : « الثالث » بدون الواو .

(٣) في (أ) : « وأولى » .

(٤) في (أ) : « أشهد » .

(٥) كلمة : « جميعًا » : ليست في (أ) .

(٦) ما بين القوسين ليس في (ب) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٧١/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٠/٢ ، ٢١١) ، نهاية المحتاج : (٤٦٤/٤ ، ٤٦٥) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٧٢/٤) .

المرجوعُ [عليه] [1] أصلَ الإشهاد ، فالقولُ قول [2] مَنْ ؟ [فيه] [3] وجهان :

أحدهما : يرجع ، إذ الاحترازُ عنه غير ممكن ، والأصلُ عدمُ التقصير .

والثاني [4] : لا ؛ لأن الأصلَ عدمُ الإشهاد .

ولو قال : أشهدت زيدًا وعَمْرًا [5] ، فقالا : كَذَبَ ، فهو كترك الإشهاد ، ولو قالا : لا ندري لعلنا نَسِينَا فوجهان [6] .

ولو [7] أشهد رجلًا وامرأتين : رجع ، ولو أشهد مستورَيْن فعدلا : رجع ، وإن لم يَعْدِلَا فوجهان [8] يقربان من الخلاف في انعقاد النكاح بشهادتها .

ولو أشهد واحدًا ليَحْلِفَ معه ، فوجهان [9] .

ووجه التقصير : أن القاضيَ ربما يكون حنفيًّا ، ثم لو كذَّبه المضمونُ له وطالبه مرةً أخرى فأشهد على الأداء الثاني ، فالصحيحُ أنه يَرْجِعُ الآن .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (ب) : « قوله » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٧٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢١١/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٥/٤) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) « عمروا » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٦) قال في الروضة : « ولو قالا : لا ندري وربما نسينا ، ففيه تردُّدٌ للإمام » . وفي مغني المحتاج : « ولو قال الشهودُ : لا ندري ، وربما نسينا ، لا رجوع كما رجَّحه الإمامُ وجعله أولى بذلك من دعواه موتَ الشاهد » .

انظر : روضة الطالبين : (٢٧٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢١١/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٥/٤) .

(٧) في (أ) : « فلو » .

(٨) الأصح من هذين الوجهين : أن له الرجوع ، كما في الروضة : (٢٧١/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٤/٤) .

(٩) الأصح من هذين الوجهين : أنه يرجع ، كما في الروضة : (٢٧١/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦٤/٤) .

وقيل : إنه إذا لم يرجع بالأول فهو مظلومٌ بالثاني بزعْمِه ، فلا يرجع أيضًا به .

فروع [ثلاثة] [(١)] :

الأول : لو صالح الضامنُ المضمونَ له (٢ نُظِرَ : فإن سُومح بمقدارٍ أو بصفة فيه : لم يَرْجِعْ إلا بما بذل ، ولو صالح ٢) على عِوَضٍ يساوي تسعمَائة عن دين مَبْلَغُه ألفٌ فوجهان : أحدهما : يرجع بتمام الألف ، فإن المسامحةَ معه في شراء ماله بالغَبْن مخصوصٌ به . والثاني [(٣)] : (٤ لا ، بل ٤) فإنه لم يَبْذُلْ إلا قَدْرَ تسعمائة .

ولو صالح الضامنُ المضمونَ له على خمرٍ وكانا / ذمِّيَّيْن ، والمضمونُ عنه مُسْلِمٌ ، ٩٤/أ ففي صحة الصلح وجهان [(٥)] .

فإن صَحَّحْنا وقلنا : الرجوعُ بما بذله ، فهاهنا لا يطمع [(٦)] فيه . وإن قلنا : الرجوع بالدَّيْن رجع .

الثاني : إذا ضَمِنَ العبدُ من [(٧)] سيده بإذنه فأدَّاه [(٨)] بعد الحرية من كَسْبِه ، ففي رجوعه وجهان [(٩)] يَقْرُبان من الخلاف في استمرار الإجارة بعد العتق .

الثالث : لو ضمن السيدُ عن عبده بإذنه وأدَّاه بعد عِتْقِه رجع عليه ، وإن أدَّاه قبل

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٦٧) .

(٤) في (أ) : « لا يرجع إلا بما بذله » .

(٥) الأصح : أن المسلمَ لا يبرأ ، ولا يرجع الضامنُ عليه ، كما في الروضة : (٤/٢٦٨) ، مغني المحتاج : (٢/٢١٠) .

(٦) في (أ) : « مطمع » . (٧) في (أ) : « عن » .

(٨) في (أ) : « وأداه » .

(٩) قال في الروضة : « ضمن عبدٌ بإذن سيده ، وأدَّى في حال رقِّه ، فحقُّ الرجوع لسيده . وإن أدَّى بعد عتقه ، فالرجوعُ للعبد على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٤٤) .

العتق ، رأيت للأصحاب [١] : أنه يرجع ، وفيه نظر من حيث إن فيه إثباتَ دَيْنِ السيد [٢] على عبده [٣] في دوامِ الرِّقِّ . وإن ضمن السيدُ عن العبد المأذونِ دينَ التجارة ، فهل يَرْجِعُ بعد العتق ؟ . فإن [٤] قلنا : إن العبد لو أدَّاه رجع على السيد ، فالسيدُ لا يَرْجِعُ عليه . وإن قلنا : لا يرجع فوجهان ، ووجه المنع : أن السيدَ إنما يرجع ؛ لأنه يقول : ضمنت بإذنك ، فللعبد أن يقول : وأنا الْتزَمْتُ دينَ التجارة بإذنك ، فيقاوم الأمران [٥] فلا رجوع .

* * *

---

(١) في (أ) : « رأيت الأصحاب يقولون » . (٢) في (أ) : « للسيد » ، وفي (ب) : « لسيد » .

(٣) ثبت على نسخة (أ) حاشيةٌ على هذا الكلام ، وهذا نصُّها : « ولو ضمن عنه سيدُه ، يصح ويطالب به السيد ، ثم إن أدَّى في حال رقِّه لا رجوعَ له على العبد بالضمان والأداءِ بإذنه ، أو بغير إذنه ؛ لأن السيدَ لا يثبت له على عبده دينٌ ، وإن أدَّى بعد العتق نظر وإذنه لا يرجع عليه ، وإن أدَّى بإذنه فهو كمن ضمن عن حُرٍّ دينًا بغير إذنه ، وأدَّى بإذنه ؛ لأن رهنَ العبد – وإن كان بالإذن – فهو كالضمان عن الحر بغير الإذن ؛ لأنه عقيب الضمان لا يمكنه الرجوعُ ، كلام صاحب « التهذيب » بعينه (ن) . ونقل عن « الحاوي » أنه إن أدَّى في حال رقِّه لا يرجع ، فإن أدَّى بعد عتقه فيه وجهان . (انتهى) . فكلام صاحب « التهذيب » و « الحاوي » على خلاف ما قال هنا ، والله أعلم » .

(٤) في (أ) : « إن » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « للأمران » وهو خطأ واضح ، والمثبت من (أ) .

الباب الثالث : في الاختلاف

وفيه مسألتان [١] :

إحداهما : فيما يُسْمَعُ من تناقُضِ قول المدَّعي .

مثاله : أن مَنْ باع شيئًا من رجُلَيْن بألف بشرط [٢] أن يكون كلُّ واحدٍ ضامنًا عن صاحبه : بطل البيع ؛ لأنه شَرَطَ على المشتري التزامَ غيرِ الثمن .

ولكن لو جرى الضمانُ [٣] من غير شرط : صحَّ من كلِّ جانبٍ ، وكان له أن يُطالِبَ مَنْ شاء [منهما] [٤] بألف ، فلو أخذ من أحدهما خمسمائة وقال [٥] : أدَّيته عن جهة الضمانِ وحِصَّتُكَ باقيةٌ ، فالقول قول المؤدِّي .

وإن [٦] حلف أنه أدَّى عن جهةِ نَفْسِه ، فهل له أن يطالبه عن جهة الضمان ؟ [فيه] [٧] وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه يناقِضُ قولَه الأولَ ، إذ اعترف في دعواه ببراءته عن جهة الضمان .

والثاني - قطع به القفالُ ، وهو الصحيح - : أنه يجوز ؛ إذ بنى ذلك على خيالٍ وانكشف بيمينه فلا يبطل حقُّه ، وهو كما لو ادَّعى على المشتري أن المُشْتَرى غَصْبٌ [٨] ، فقال منكرًا : بل هو مِلْكي وملكُ مَنْ اشتريته [٩] منه ، فأُقيمت البينةُ ، فإنه [١٠] يرجع على البائع بالثمن ، وإن كان قد اعترف له بالصدق وأنه ملكُه ، ولكن قيل : هو بناءٌ [١١] على ظاهرٍ وقد ظهر بالبينة نَقِيضُه . ومن الأصحاب من طَرَدَ وجهًا : أنه لا يرجع ؛ إذ كان حقُّه أن يقول : لا يلزمني تسليمُه إليك ، ولا يُقِرُّ للبائع بالملك ، وهو بعيد .

---

(١) في (أ) : « مسائل » وهو خطأ .

(٢) في (أ) : « وشرط » .

(٣) في (أ) : « للضمان » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « فقال » .

(٦) في (أ) : « فلو » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « مغصوب » .

(٩) في (أ) : « اشتريت » .

(١٠) في (ب) : « إنه » .

(١١) في (أ) : « بنى » .

ولو ادَّعى على شخصٍ ضمانًا عن غائبٍ فأنكر ، فأُقيمت البينةُ فغَرِمَ فأراد الرجوعَ على الغائب : نقل المزني [1] أن له ذلك . وهذا [2] بعيدٌ ؛ لأنه قَطَعَ بنَفْيِ الضمان وهو فِعْلُه الذي يَنْفِيه [3] ، فالرجوعُ مناقضٌ له .

فمن الأصحاب مَنْ قال : لا يرجع وهو الأصح ، وحَمَل [4] كلامَ المزني على ما إذا سَكتَ ، أو أنكر وكيلُه ولم يُنْكِرْ هو بنفسه .

ولو قال الكفيلُ : أبْرَأْتُ الأصيلَ فبرئت ، فحلف المستحق ، فهل للكفيل مطالبةُ الأصيل وهو مناقضٌ لما تقدَّم منه ؟ فيه وجهان ، الأسَدُّ : الجواز ؛ لأنه قد يدعي ذلك عن سماعٍ وظَنٍّ ، فيتبيَّنُ بالحلف نقيضُه .

وكذلك لو تكفَّل ثم قال : كنْتُ أبرأتُ قبل كفالتي ولم أعرف ، فهل يُسمع دعواه للتحليف ؟ فيه وجهان يجري [5] في كلِّ دعوى محتمل مناقضة [6] عَقْدٍ سابق .

المسألة الثانية : ادَّعى ضمانًا بألف وأقام شاهدًا أنه ضَمِنَ ألفًا ، وآخرَ أنه ضمن خمسمائة ، ففي ثبوت الخمسمائة وجهان :

أحدهما : نعم ، كما لو أطْلَقَ دعوى الألفِ من [7] غير إسنادٍ إلى ضمان .

والثاني : لا ؛ لأنهما لم يَتَّفِقَا على شيءٍ واحد ، وضمان الألف يخالف ضمانَ الخمسمائة ، بخلاف الدين المطلق .

ولو شهد الآخرُ أيضًا على الألف ولكن قال : قد قَضَى منه خمسمائة ، ففي ثبوتِ تمامِ الألف وجهان :

---

(١) انظر : مختصر المزني (٢/٢٢٨،٢٢٩) .
(٢) في (أ) : « وهو » .
(٣) في (أ) : « يتيقنه » .
(٤) في (أ) : « ومحمل » .
(٥) في (أ) : « يجريان » .
(٦) في (أ) : « يناقضها » .
(٧) في (أ) : « عن » .

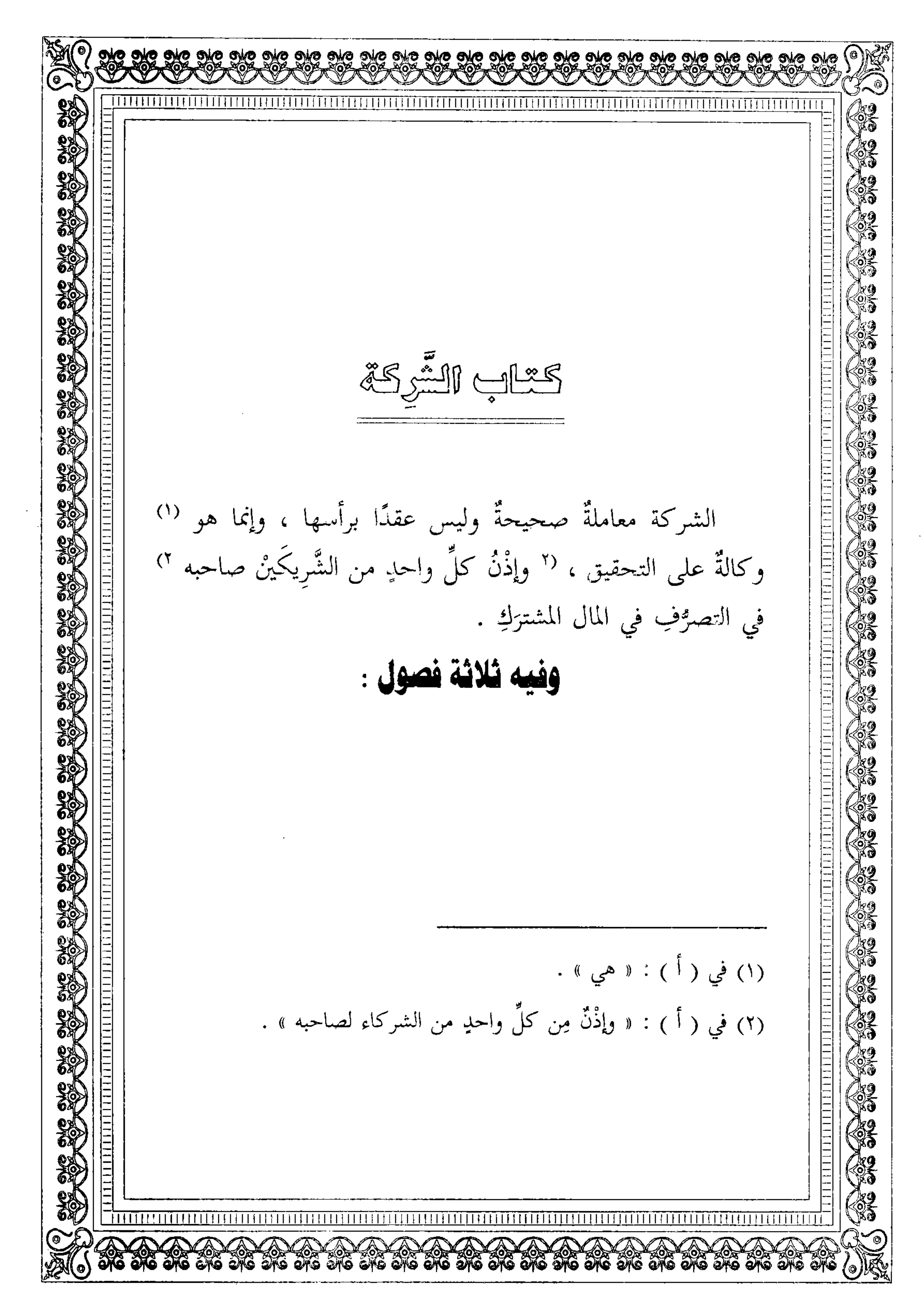
أحدهما : نعم ؛ لأنهما اتفقا عليه ، وانفرد أحدُهما بشهادةِ قضاءِ الدين ، فيَلْغُو .

والثاني : لا ؛ لأنه وصل بشهادته ذلك ، فكأنه لم يَشْهَدْ إلا على خمسمائة ، ثم لاشَكَّ أنه لو حلف مع شاهدٍ (١ على قضاءِ ١) الخمسمائة يُقْضَى له [به] (٢) بشرط أن تُعَادَ الشهادةُ ، فإنها جَرَتْ قبل الاستشهاد . والله أعلم .

---

(١) في (أ) : « أنه قضى » .

(٢) زيادة من (أ) .



كتاب الشَّرِكة

الشركة معاملةٌ صحيحةٌ وليس عقدًا برأسها ، وإنما هو [1] وكالةٌ على التحقيق ، [2] وإذْنُ كلٍّ واحدٍ من الشَّرِيكَيْنْ صاحبه [2] في التصرُّفِ في المال المشترَكِ .

وفيه ثلاثة فصول :

---

(١) في (أ) : « هي » .

(٢) في (أ) : « وإذْنٌ مِن كلٍّ واحدٍ من الشركاء لصاحبه » .



الفصل الأول : في أركانه

وهي ثلاثة :

الأول : المال الذي فيه الشركة .

[والشركةُ أنواعٌ ، والصحيح واحدةٌ من الشريكين لصاحبه] (١) وهي شركةُ العِنَان ، اشْتُقَّتْ من عِنَانِ الدَّابَّة ؛ لتساوِي جانبَيْه ، فكأنهما يتساويان في العمل والمالِ ، كعِنَان الدابة ، وله شروط (٢) :

الأول : أن تَجْرِيَ في نَقْدٍ . فإن جَرَتْ في عُرُوضٍ مشتركةٍ ، فالأصح : الجواز ؛ إذ لا معنى للشركة إلا الإِذْنُ في التصرف ، والرِّبْحُ مُتوزِّعٌ على قَدْرِ المالَيْن .

والثاني : المنع ؛ لأن مقصودَهما (٣) الاتِّجَارُ ، فأشبهَ القِراضَ .

الشرط الثاني : الاختلاط . فإن كان المالُ مشترَكًا على الشُّيُوع فهو الغرض ، وإلا فلابُدَّ من اختلاطٍ يمتنع معه التمييزُ حتى يقوم مقام الشركة .

فلو اختلفا في النوع ، (٤ أو في الصنجة ، أو في الصَّكَّة ٤) : لم يصح ؛ لأنه متميزٌ بملكه ، وكذلك لو تعذَّر التمييزُ ، كما لو خلط السِّمْسِمَ بالكِتَّان ، ولو خلط الحِنْطَةَ الحمراءَ بالبيضاء ففيه وجهان (٥) ؛ لأن اتحادَ الجنس مع عُسْرِ التمييزِ قد يجعلهما بحكم العُرْفِ (٦ كالشيء الواحد ٦) / . ٩٤/ب

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « شرائط » .

(٣) في (أ) : « مقصودها » .

(٤) في (أ) : « أو الصحة ، أو السكة » .

(٥) قال في الروضة : « وإذاجوَّزنا الشركةَ في المثليات وجب تساويهما جنسًا ووصفًا ، فلا يكفي خلطُ حنطة حمراء ببيضاء ؛ لإمكان التميز ، وإن كان فيه عُسْرٌ ، وفي وجه : يكفي ؛ لأنه يُعَدُّ خلطًا » .

انظر : روضة الطالبين : (٢٧٧/٤) .

(٦) في (أ) : « كشيءٍ واحد » .

فروع :

الأول : شركةُ المُفَاوَضَة باطلةٌ ، خلافًا لأبي حنيفة [(١)] ، وهو : أن لا يَخْلِطَا مالَيْهما ، ولكن يتفاوضان في الاشتراك في الغُنْم والغُرْم في كلِّ ما يُفِيدُ ويُوجِبُ غُرْمًا ، وهو فاسد ؛ لأن كلَّ واحدٍ متميِّزٌ بملكه وجِنَايتِه ، فكان متميزًا بثمرته وغرامته .

الثاني : شركةُ الأبْدَانِ باطلةٌ ، خلافًا لأبي حنيفة [(٢)] ، وهو : اشتراكُ الدَّلَّالِين [والحمَّالِين] [(٣)] في أُجْرةِ أعمالِهم ؛ لأن كلَّ واحدٍ متميزٌ باستحقاق [(٤)] منفعتِه ، فاختص باستحقاق بَدَلِه .

الثالث : شركةُ الوُجُوهِ باطلةٌ ، وهو أن يَبِيعَ الوَجِيهُ المقبولُ اللهجةِ في البيع مالَ الخاملِ برِبْحٍ ، على أن يكون (٥ بعضُ الربح له ٥) ، فالربحُ كلُّه لصاحب المال وله أجرةُ تَعَبِه إن عَمِلَ ، وإن لم يَصْدُرْ منه [(٦)] إلا كلمةٌ لا تَعَبَ فيها فلا قيمةَ لها .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن شركةَ المفاوضة باطلةٌ . وهي أن يشتركا ؛ ليكون بينهما ما يكسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل من غنم .

ومذهب الحنفية : أن شركة المفاوضة جائزةٌ .

انظر : التنبيه للشيرازي : (٧٥) ، روضة الطالبين (٢٧٩/٤ ، ٢٨٠) ، مغني المحتاج : (٢١٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥/٤) ، مختصر الطحاوي : (١٠٦) ، المبسوط : (١٥٢/١١) ، رءوس المسائل : (٣٢٧) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣/٣) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٢/٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٧٢/٢) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن شركة الأبدان باطلة . وهي أن يشترك الدلَّالانِ أو الحمَّالان أو غيرُهما من أهل الحِرَف على ما يكسبان ؛ ليكون بينهما متساويًا أو متفاضلًا ، وهو مذهب زفر .

ومذهب الحنفية : أن شركة الأبدان جائزة .

انظر : التنبيه : (٧٥) ، روضة الطالبين : (٢٧٩/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥/٤) ، مختصر الطحاوي : (١٠٧) ، المبسوط : (١٥٥/١١) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (١٠/٣ ، ١١) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٧/٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٧٧/٢ - ٧٨) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « باختصاص » .

(٥) في (أ) : « له بعض الربح » .

(٦) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

الرابع : إذا كان لواحدٍ بَغْلَةٌ وللآخر راويةٌ ، وشاركهما ثالثٌ ليستقي [(١)] الماءَ بنفسه ويكون مشتركًا بينهما ، فإن استقى ناوِيًا نَفْسَه [(٢)] : اختص بالملك ، ولهما عليه أجرةُ المثل . وإن قصد الشركةَ في الماء ، ففيه وجهان [(٣)] ، مأخذُهما : أن الاستنابةَ هل تُؤثِّر في إحراز المباحات حتى يتصرَّفَ الملك عن المحرز بالقصد ؟ وسنذكره في الوكالة .

فإن قلنا : تؤثر ، فالتوزيعُ هاهنا على عدد الرءوس ، أو على قَدْرِ أجرةِ المِثْل ؟ فيه وجهان [(٤)] :

فإن قلنا : يتوزَّعُ على عدد الرءوس فيتراجعون بما يتفاوت من أجرة المِثْلِ لا محالةَ .

ولو استأجر بغلةً وراويةً ورجلًا للاستقاء ، وأفْرَدَ كلَّ إجارةٍ بصفقة : فلا شك في الصحة ، وأن الملكَ في الماء يَقَعُ للمستأجر .

وإن فسدت الإجارةُ بسببٍ [(٥)] ، قال الشيخ أبو عليّ : وقع الماءُ أيضًا للمستأجر ، وإن قَصَدَ الأجيرُ أيضًا [الماءَ] [(٦)] نَفْسَه لتأثير العِوَض ، وفيما إذا قَصَدَ نَفْسَه مع فساد الإجارة نَظَرٌ لأنه لا استحقاقَ ولا قَصْدَ من جهة المستقي إلا لنفسه ، فينبغي أن يقع له .

وهكذا إذا كان من واحدٍ بَذْرٌ ، ومن آخر آلةُ الحِراثة ، ومن ثالث العملُ على

---

(١) في (أ) : « يستقي » . (٢) في (ب) : « لنفسه » .

(٣) ، (٤) قال في الروضة : « لو أخذ جَمَلًا لرجل ، وراويةً لآخر ، وتشاركوا على أن يستقي الآخذُ الماءَ ، والحاصلُ بينهم ، فهو باطلٌ ، فلو استقى ، فلمن يكون الماء ؟ نقل صاحب « التلخيص » وآخرون فيه اختلاف قول ، وضعَّف الجمهور هذه الطريقة ، وصوَّبوا تفصيلًا ذكره ابن سريج ، وهو أنه إن كان الماءُ مملوكًا للمستقي ، أو مباحًا ، لكن قصد به نفسه فهو له ، وعليه لكل واحدٍ من صاحبيه أجرةُ المثل . وإن قصد الشركة فهو على الخلاف في جواز النيابة في تملك المباحات . فإن منعناها فهو للمستقي ، وعليه الأجرة لهما . وإن جوَّزناها وهو الأصح فالماء بينهم . وفي كيفية الشركة ، وجهان : أحدهما : تقسم بينهما على نسبة أجور أمثالهم ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، وحكي عن نصه في البويطي .

وأصحهما عند الشيخ أبي علي وبه قطع القفال : أنه يقسم بينهم بالسوية اتباعًا لقصده » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٨٠ ، ٢٨١) .

(٥) كلمة : « بسبب » : ليست في (ب) . (٦) زيادة من (أ) .

الاشتراك في الزرع ، فالزرعُ لصاحب البَذْرِ ولهما عليه أجرةُ المثل ، ولا طريقَ للاشتراك في الزرع إلا الاشتراكُ [1] في البذر .

الشرط الثالث : اقتران الخلط بالشركة .

فلو عقد عقدَ الشركة لفظًا ، ثم جرى الخلطُ بعده : قال للأصحاب [2] : لا يصح ، وفيه نظرٌ محتملٌ ؛ إذ لا معنى للشركة إلا الإذنُ ، ولا ينقطع الإذنُ بالخلط الطارئ ، ولا يمتنع في حالة الإفراد .

الشرط الرابع : استواء المالين .

شَرَطه أبو القاسم الأنماطي وهو هَفْوَةٌ ، فلا مستندَ لاشتراط ذلك أصلًا .

الشرط الخامس : معرفةُ مقدار النصيب حالةَ الشركة .

وفيه وجهان [3] ، ومأخذه [4] : أن الإذنَ في التصرف مع الجهل بقَدْرِ المتصرَّفِ فيه على هذا الوجه ، هل يصح ؟

ولعل الأظهر : الصحة ، فالمتفقُ عليه من جملة الشرائط الخمسةِ واحدٌ ، وهو : اختلاطُ المالَيْنِ حتى ينزل منزلةَ المشترك ، وما عداه مختلفٌ فيه .

الركن الثاني : صيغة العقد .

وهو [5] أن يقولا : اشتركْنَا على أن يتصرَّف كلٌّ [واحد] [6] مِنَّا في مال صاحبه ، فيرجع حاصلُ العقد إلى إذْنِ كلِّ واحدٍ [منهما] [7] لصاحبه في التصرف ،

---

(١) في (ب) : « بالاشتراك » .

(٢) في (أ) : « الأصحاب » .

(٣) أصح هذين الوجهين : أنه لا يُشترط العلمُ بمقدار النصيبين حالةَ العقد ، كما في الروضة : (٤/٢٧٨) . مغني المحتاج : (٢/٢١٤) ، نهاية المحتاج : (٥/٨ - ٩) .

(٤) في (أ) : « مأخذه » بدون الواو .

(٥) في (أ) : « وهي » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

فلو اقتصر على لفظ الاشتراك ، ففيه وجهان [1] من حيث إنَّ [2] بمجرده يحكم [2] العرف إشعارًا بالمقصود وإن لم يُصرِّح به .

الركن الثالث : العاقدان .

ويُشترط فيهما ما يُشترط في الوكيل والموكِّل ، وسيأتي في الوَكالة .

نعم . يُكره مشاركةُ أهلِ الذِّمَّةِ والفُسَّاقِ ؛ لأنهم لا يَحْتَرِزُون عن الرِّبا .

* * *

---

(١) الأصح من هذين الوجهين : أنه لا يكفي الاقتصارُ على لفظ الاشتراك ، كما في الروضة : (٤/ ٢٧٥)، مغني المحتاج : (٢/٢١٣) ، نهاية المحتاج : (٥/٦) .

(٢) في (أ) : « لمجرده بحكم » .

الفصل الثاني : في حكم الشركة الصحيحة

ولها [1] ثلاثة أحكام :

الأول : [أن] [2] يتسلَّطَ كلُّ واحدٍ على التصرف بشرط الغِبْطَةِ .

سواء انفرد باليد أو كان المالُ في يدهما ، ولا يُشترط أيضًا كونُ المال في يدهما ؛ لصحة العقد ، بل يصح كيف ما كان .

فما يشتريه أحدُ الشريكين بعَيْنِ مالِ الشَّركة يَقَعُ مشترَكًا ، وما يشتريه في الذمة على قَصْدِ الشركة أيضًا يقع مشتركًا .

الثاني : أن الرِّبْحَ والخُسْرَانَ موزَّعٌ على نسبة المالَيْن . فلو شُرِطَ اختصاصُ أحدِهما بمزيدِ ربحٍ [3] : بَطَلَ الشرطُ [4] ويُوزَّعُ على قَدْرِ المِلك [5] ، خلافًا لأبي حنيفة [6] .

---

(1) في (أ) : « فلها » . (2) زيادة من (أ) .

(3) كلمة : « ربح » : ليست في (أ) .

(4) قال في الروضة : « الحكم الثالث : أن الربح بينهما على قدر المالَيْن ، شُرِط ذلك أم لا ، تساويا في العمل أم تفاوتا . فإن شرطا التساوي في الربح مع التفاوت في المال ، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال فسدت الشركةُ على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الإمام وجهًا آخر : أنها لا تفسد ، ويُوزَّع الربحُ على قدر المالين . ولعل الخلاف راجعٌ إلى الاصطلاح ، فأطلق الجمهورُ لفظ الفساد ، وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام » . انظر : روضة الطالبين : (٢٨٤/٤) .

(5) في (أ) : « المال » .

(6) **مذهب الشافعية** : أن الربح بين المشتركين على قدر ماليهما ، فلا يجوز اشتراطُ التساوي في الربح مع التفاوت في المال ، ولا التفاوت في الربح مع التساوي في المال .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز للشريكين أن يتفاضلا في الربح مع تساويهما في المال .

انظر : روضة الطالبين : (٢٨٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٢/٥) مختصر الطحاوي : (١٠٧) ، المبسوط : (١٥٢/١١) ، رءوس المسائل : (٣٢٩) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣/ ٧) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٥/٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (٧٥/٢) .

هذا إذا شُرِطَ لِمَنْ لا يَختصُّ بمزيد عمل ، فإن شُرط للمنفرد بكلِّ العمل أو ببعضٍ[1] ، فثلاثة أوجه :

أحدها : الجواز ؛ لأنه انضمَّ القِراضُ إلى الشركة ، فعلى هذا يُشترط انفرادُ العاملِ باليد .

والثاني[2] : لا ؛ لأن المالَ إذا كان مشتركًا كان هو الرُّكْنَ والعِلَّةَ ، وعليه حوالةُ الربح والعملُ ساقطُ العِبْرة ، بخلاف القراض فإنه لا سببَ من جهة العامل إلا عملهُ .

والثالث : أنه إن انفرد بكل العمل : جاز أن يُشترَطَ له ، فإن انفرد بمزيدٍ بعد التعاون في الأصل : فلا ، فإنه لا يُدْرَى الربحُ حَصَلَ بأيِّ عملٍ ، فتعيَّنَتْ الإحالةُ على المال .

الحكم الثالث : أن الشركةَ جائزةٌ ينفسخ بالموت ، والجنون ، والفَسْخ .

فلو قال أحدُهما لصاحبه : عَزَلْتُك ، انعزل المخاطَبُ دون العازل . ولو قال : فَسَخْتَ الشركةَ ، انعزل كلٌّ واحدٍ منهما ، وسببُه ظاهرٌ .

فإن قيل : ما معنى فسادِ الشركة إذا لم يكن عقدًا برأسها ؟

قلنا : نعني بالفساد / مرةً فسادَ الإذن ، ومرةً فسادَ الشرط ، وذلك عند شرط ٩٥/أ التفاوت في الربح ، ومرةً فوادَ[3] المقصود ، وذلك عند تمييز الملكَيْن[4] ؛ إذ العَرْضُ لا يقع مشتركًا على حسب المراد ، وقد يظهر[5] فائدتُه في طلب أجرةِ المثل في العمل الذي صادَفَ نصيبَ شريكه ، إذا كان مختصًّا بمزيد عمل .

وأما[6] إذا صحَّت الشركةُ ، فالأصح[7] : أنه لا يُطالبُ بأجرة المثل وإن اختص

---

(١) في (أ) : « بعضه » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٢٨٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٥/٢) .

(٣) في (أ) : « فوات » .

(٤) في (أ) : « المالَيْن » .

(٥) في (أ) : « تظهر » .

(٦) في (أ) : « فأما » .

(٧) قال الحموي : « قوله : (أما إذا صحت الشركة ، فالأصح : أنه لا يطالب بأجرة المثل وإن اختص بمزيد عمل لأنه مبتدع) . =

بمزيد عمل ؛ لأن التبرعَ يتفاوت ، [و] [1] العملُ في الشركة الصحيحة معتادٌ .

* * *

= أقول : قوله : « الأصح » تصريحٌ بالخلاف ولم أرَ فيه خلافًا فيما طالعته من الشروح البسيطة والمتوسطة والوجيزة . وقال الإمام : لا خلاف أنه لا أجرة له ولا عوضَ لمنافق ، وكيف يتجه فيه ذكْرُ خلاف وهو مبتدع قطعًا ، والمبتدعُ لا أجرةَ له ولا عوضَ لمنافق ولم يَشْرُط له شريكُه أجرةً ؟ ولا يمكن تخيُّلُ خلاف في هذا ، إلا إذا فرضت الشركة بين اثنين على وجه الصحة وكان المتصرفُ منهما بإذن صاحبه ، فمن جرت عادتُه أن يعمل بالأجرة في مثل ذلك فهذا لا يُعَدُّ من الخلاف ولكنه كلف .

(١) زيادة من (أ) .

الفصل الثالث : في الاختلاف

وفيه مسألتان :

إحداهما : أنه لو ادَّعى عليه أحدُ الشريكين الجنايةَ (١) : لم يُسْمَع (٢) الدعوى مطلقًا حتى يُفصِّلَ ، فإذا فصَّلها : فالقولُ قولُه مع يمينه إذا أنكر .

ولو ادَّعى أن ما في يده مالُ شركةٍ ، فأنكره : فالقولُ قوله مع يمينه ؛ لأنه صاحبُ اليد .

ولو قال : كان من مال الشركةِ ثم خَلَصَ لي بالإفرازِ والقسمةِ (٣) ، فأنكر المدَّعَى عليه القسمةَ : فالقول قوله في إنكار القسمة . وإن اشترى شيئًا ظَهَرَ فيه ربحٌ أو خسرانٌ ، أو (٤) تنازعا في أنه اشتراه لنفسه أو للشركة : فالقول قول المشتري [مع يمينه] (٥) ؛ لأنه أعْرَفُ بنِيَّتِه ، ويدُ الشريكِ يدُ أمانةٍ مالم تَخُنْ ، فلا ضمانَ عليه إذا هَلَكَ .

فإن (٦) ادَّعى هلاكًا بسببٍ خَفِيٍّ : فالقول قوله ؛ لأن إقامةَ البينة عليه عسيرٌ . وإن كان السببُ ظاهرًا من حريقٍ أو غارةٍ ، فلابد من إثباتِ السبب ، ثم القول قوله مع يمينه في الهلاك بذلك السبب ، هكذا نُقِل في طريقة العراق .

الثانية : إذا كان بين اثنين عبدٌ مشتركٌ فوكَّل أحدُهما صاحبَه ببَيْعهِ فباع ، ثم ادَّعى الموكِّلُ والمشتري أن الوكيلَ قَبَضَ تمامَ الثمن ، وأنكر الوكيلُ : فلا خصومةَ بين الموكِّل والمشتري إذا (٧) اعترف له بتسليمِ نصيبه إلى الوكيل ، ولكنِ الخصومةُ بين الموكِّلِ

---

(١) في (أ) : « الخيانة » .

(٢) في (أ) : « تسمع » .

(٣) في (أ) : « بالقسمة » .

(٤) في (أ) : « و » .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « فإذا » .

(٧) في (أ) : « إذ » .

والوكيلِ ، وبين الوكيلِ البائعِ والمشتري .

فإن تخاصم البائعُ والمشتري : فالقول قول البائعِ أنه لم يَقْبِضْ ، فإن حلف أخذ نصيبَه ولم يأخذ نصيبَ الموكِّلِ ؛ لأنه معزولٌ بقول الموكِّل : أنه أَخَذَ من قبل ، ولا يُساهِمُه الموكلُ فيما أخذه ؛ لأنه ظالمٌ فيما أخذه الآن بزعمه .

ولو شهد الموكلُ للمشتري على البائع بالقبض ليحلف معه : فشهادتُه في نصيبه مردودةٌ ، وفي نصيب شريكه قولان سيأتي نظائرُهما في الشهادات .

أما إذا [(١)] تحاكم الوكيلُ والموكلُ [(١)] : فالقول قولُ الوكيل أنه لم يَقْبِضْ وليس للمشتري أن يشهد [الموكل] [(٢)] على البائع ، فإنه يشهد به على براءة نفسه ، فإن نكل الوكيلُ وحلف الموكلُ واستحق [(٣)] نصيبَه ، فللوكيل مطالبةُ المشتري بحِصَّتِه ، ولا يسقط ذلك بنُكُوله وبيمين الموكل .

وحُكي وجه : أنه إذا قيل : إن اليمينَ المردودةَ كالبينة ، سقطت مطالبتُه . وهو فاسد .

المسألة بحالها : ادَّعى البائعُ والمشتري أن [(٤)] الوكيلَ قَبَضَ تمامَ الثمن وأنكر [(٤)] : فالمشتري لا يَبْرَأُ عن حصة الوكيل البائع – وإن صدَّقَ في التسليم – ؛ لأن الموكِّلَ لم يكن وكيلَه فلا يبرأ بالتسليم إليه ، ثم إذا أخذ حصتَه . فهل للموكل مساهمتُه ؟

قال المزني : نعم ؛ لأنه وكيلُه وقد أخذ خمسمائة – مثلًا – من جملة الألف ، فيتخيَّرُ بين أن يُطالِبَ البائعَ بمائتين وخمسين والمشتري بمائتين وخمسين ، وبين أن يأخذ

---

(١) في (أ) : « تخاصم الموكل والوكيل » .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « استحق » .

(٤) في (أ) : « الموكل قبض تمام الثمن فأنكر الموكل » .

خمسمائة دَفعةً واحدةً من المشتري بعد أن لم يُقِمْ بينةً على أخذه ، كما إذا [(١)] ادّعى عليه .

وقال ابن سريج : لا يَرْجِع ؛ لأن الوكيلَ لما ادَّعى أن الموكِّلَ أخذ الكلَّ فقد عزل نَفْسَه ، فلا يَقعُ قَبْضُه محسوبًا من جهته ، وهو كما قال .

ويبقى لكلام المزني وجه : [في] [(٢)] أن أحدَ الشريكين - وإن لم يكن وكيلًا في الاستيفاء - إذا استوفى جزءًا من الثمن لنفسه هل يختص به ، أن يقع مشتركًا ؛ أخذًا من المكاتب المشترَكِ إذا أدَّى بعضَ النجوم ؟ [و] [(٣)] فيه خلاف :

فإن قلنا بقول المزني فلا تُقْبَلُ شهادةُ البائع للمشتري على قبض الموكِّلِ نصيبَه ؛ لأنه يَدْفَعُ عن نفسه الرجوعَ والمشاركة .

وعلى قول ابن سريج له ذلك ؛ لأنه لا يَجُرُّ به [(٤)] نَفْعًا ولا يَدْفَعُ به [(٥)] ضرًّا [(٦)] ، [والله أعلم] [(٧)] .

* * *

---

(١) قوله : « إذا » : ليس في (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

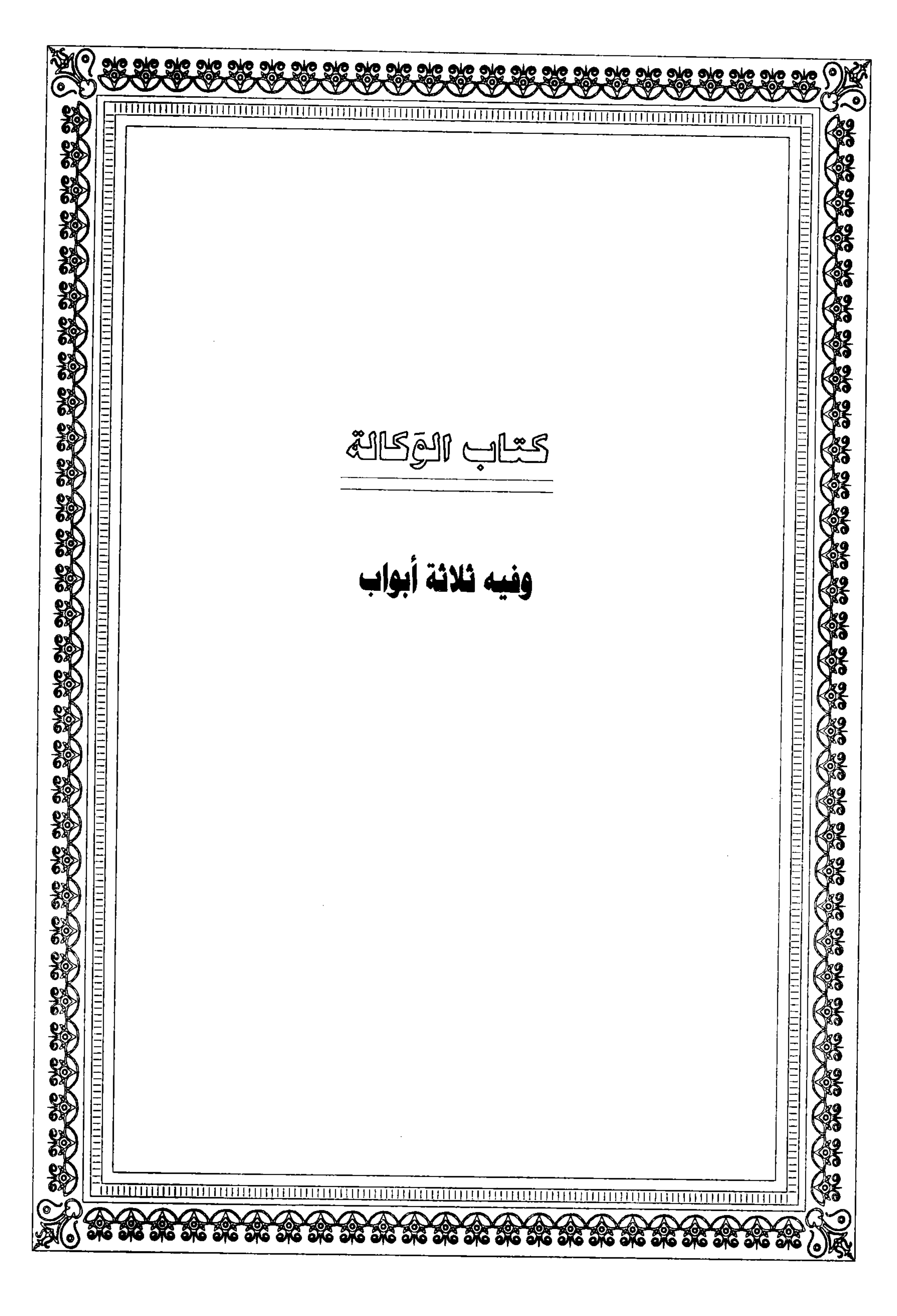
(٤) قوله : « به » : ليس في (ب) .

(٥) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « ضررًا » .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) . وبعد قوله : (والله أعلم) قال ناسخ المخطوط : « تمَّ الثلثُ الأول من كتاب الوسيط للغزالي في ليلة صبحتُها مستهلُّ ذي القعدة سنة ثمانين ، يتلوه في الجزء الثاني كتاب الوكالة إن شاء الله تعالى ، بسم الله الرحمن الرحيم رب يسِّر يا حكيم » .





كتاب الوَكالة

وفيه ثلاثة أبواب



الباب الأول : في أركانها

وهي أربعة :

[الركن] [1] الأول : ما فيه التوكيل

وله ثلاثة شرائط :

الأول [2] : **أن يكون قابلًا للنيابة** ، وهو : ما لا يَتعينُّ بحكمه مباشرةٌ ، فقد وكَّل ﷺ في الشراء [3] ، ووكَّل عمرو بن أمية الضمريَّ في نكاح أمِّ حبيبة [4] ، ووكَّل الجُبَاةَ في أخْذِ الجِزْيَةِ والصدقاتِ [5] ، فكان ....

---

(١) زيادة من (ب) .　　(٢) في (أ) : « الأولى » .

(٣) انظر في توكيل النبي ﷺ لعروة وحكيم في شراء شاة : صحيح البخاري : (٧٣١/٦) (٦١) كتاب المناقب (٢٨) (٣٦٤٢) ، رأبو داود : (٢٥٣/٣) . ( ) كتاب « البيوع » ( ) باب في المضارب يخالف (٣٣٨٤ ، ٣٣٨٥ ، ٣٣٨٦) ، والترمذي : (٥٥٨/٣ ، ٥٥٩) . (١٢) كتاب البيوع (٣٤) باب (١٢٥٧ ، ١٢٥٨) ، وابن ماجه : (٨٠٣/٢) (١٥) كتاب الصدقات (٧) باب الأمين يتجر فيه فيربح (٢٤٠٢) ، والزيلعي في نصب الراية : (٩٠/٤، ٩١) .

وانظر : المغني ابن قدامة : (٢٩٥/٦) ، (١٩٨/٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٥٠/٣) .

(٤) انظر ذلك في : أبي داود : (٢٤١/٢) . كتاب النكاح ( ) باب الصداق (٢١٠٧ ، ٢١٠٨) ، والنسائي : (١١٩/٦) (٢٦) كتاب النكاح (٦٦) باب القسط في الأصدقة (٣٣٥٠) ، والحاكم في المستدرك : (٢٢/٤) ، وابن سعد في الطبقات الكبرى : (٦٨/٨ ، ٦٩) . وراجع : التلخيص الحبير : (٥٠/٣) حديث رقم : (١٢٥٧) ، والمغني لابن قدامة : (١٩٧/٧ ، ١٩٩) .

(٥) انظر ذلك في : المغني لابن قدامة (١٩٨/٧) وغيره من كتب الفقه .

وانظر حديث إرسال النبي ﷺ لمعاذ بن جبل إلى اليمن وأخذ الصدقات ، وإرساله أبا عبيدة إلى البحرين ليأتي بصدقاتها أو جزيتها .. وغير ذلك ، انظر ذلك في : صحيح البخاري : (٤١٨/٣) . (٢٤) كتاب الزكاة (٦٣) باب أخذ الصدقة من الأغنياء (١٤٩٦) ، وصحيح مسلم : (٥٠/١) (١) كتاب الإيمان (٧) باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (١٩) ، وسنن أبي داود : (١٠٧/٢) كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة (١٥٨٤) ، والترمذي : (٢١/٣) (٥) كتاب الزكاة (٦) باب ما جاء في كراهية أخذ خيار المال في الصدقة (٦٢٥) ، والنسائي : (٢/٥ - ٤) . (٢٣) كتاب الزكاة (١) باب وجوب الزكاة (٢٤٣٥) ، وطرفه (٢٥٢٢) ، وابن ماجه : (٥٦٨/١) (٨) كتاب الزكاة (١) باب فرض الزكاة (١٧٨٣) .

في [1] معنى الشراءِ البيعُ ، والإجارةُ ، والسَّلَمُ ، والرهن ، والصلح ، والحَوالة ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والوكالة ، والوديعة ، والإعارة ، والمضاربة ، والجِعالة ، والمساقاة [2] ، والقَرْضُ ، والهِبَة ، والوَقْفُ ، والصدقة ؛ لأنها أسبابٌ شُرِعَتْ ذرائعَ إلى المقاصد تَكْثُرُ الحاجةُ إلى التوكيل فيها .

وفي معنى النكاح : الخُلْعُ ، والطلاق ، والفسوخ في العقود ، والرَّجْعَة على الصحيح [3] .

وفي معنى استيفاءِ الجزَى [4] والصدقاتِ : قَبْضُ الحقوق في (5) الرهن والبيع (5) ، وقبض الديون المستحقة .

ولا تجوز النيابةُ فيما يتعلَّقُ القصدُ بعَيْنِه ، كالعبادات ، فإنها بأعيانها مقصودةٌ في [6] المتعاطِين ؛ امتحانًا وتكليفًا ، فكيف تَقْبَلُ التحويلَ [7] بالتوكيل ؟ وكذا / المعاصي ، كالسرقة ، والقتل ، والزنا ، والغَصْبِ ، فهي واقعةٌ من الوكيل ؛ لأنه مقصودٌ بالزجر عن عينه فيثبت حكمُه في حقِّه ، فلا يتحول عنه . ٩٥/ب

وأُلْحِقَ بفنِّ العبادات : الأَيْمَانُ ، والشهاداتُ ، فإنّ حُكْمَ اليمينِ يتعلق بذِكْرِ [اسم] [8] الله [تعالى] [9] على سبيل التعظيم ، وليس في التوكيل ذلك . وكذلك حكمُ الشهادات يتعلَّقُ بلفظ الشهادة حتى لا يَقُومَ غيرُه مقامَه ، فكيف يتعلَّقُ بالساكتِ عن كلمةِ أداءُ الشهادة ؟

ويلتحق باليمين : اللعانُ ، والإِيلاءُ ، وكذا الظِّهَارُ إن قلنا : [إن] [10] المغلَّبَ عليه شوائبُ الأيمانِ لا شوائبُ الطلاق .

---

(١) في (أ) : « وفي » .

(٢) في (ب) تكرار « الإجارة » بعد : « المساقاة » .

(٣) في الروضة : الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٩٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢١٨/٢) .

(٤) في (أ) : « الجزية » .

(٥) في (أ) : « البيع والرهن » .

(٦) في (أ) : « من » .

(٧) في (أ) : « التجويل » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) زيادة من (أ) .

واختلفوا في ثلاث مسائل :

الأولى [١] الإقرار : وظاهرُ [٢] النصِّ : جوازُ [٣] التوكيل فيه ؛ لأنه سببٌ مُلْزِمٌ لمالٍ ، فأشبه الضمانَ وغيرَه .

والثاني [٤] - وهو قول ابن سريج واختياره - : أنه لا يصح ؛ لأن الإقرارَ لا يلزم ، [و] [٥] إنما هو حُجَّةٌ وإخبارٌ كالشهادة .

فإن لم نجوِّز التوكيلَ به ، فهل نَجْعَلُه مُقِرًّا بالتوكيل ؟ فيه [٦] وجهان :

أحدهما : نعم [٧] ؛ حملًا لقوله على الصدق .

والثاني : لا ، فإنه لم يقر .

الثانية : التوكيلُ في تملك المباحات بإثبات اليد ، كالاحتطاب ، والاصطياد ، واستقاء الماء .

وفيه وجهان [٨] ، منشؤهما : التردُّدُ بين قبضِ الحقوق ؛ فإنها قابلةٌ للتوكيل ، وقبضِ المحظورات كالسرقة والغَصْب ؛ فإنه لا يقبل الوكالة .

---

(١) في (أ) : « إحداها » . (٢) في (أ) : « فظاهر » .

(٣) قال في الروضة : « التوكيل بالإقرار ، صورته أن يقول : وكلتك لتُقِرَّ عني لفلان بكذا ، وفيه وجهان ؛ أصحهما عند الأكثرين : لا يصح ؛ لأنه خبر ، فأشبه الشهادة » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ٢٩٣) ، مغني المحتاج : (٢/٢٢١) ، نهاية المحتاج : (٥/٢٥) .

(٤) في (أ) : « الثاني » بدون الواو . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : « فيه » : ليس في (ب) .

(٧) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٩٣) ، مغني المحتاج : (٢/٢٢١) ، نهاية المحتاج : (٥/٢٥) .

(٨) قال في الروضة : « في التوكيل في تملك المباحات ، كإحياء المَوَات ، والاحتطاب ، والاصطياد ، والاستقاء ، وجهان ، أصحهما : الجواز . فيحصل الملكُ للموكل إذا قصده الوكيلُ له ؛ لأنه أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء .

قلت [أي : النووي] : هكذا حكاهما وجهين تقليدًا لبعض الخراسانيين ، وهما قولان مشهوران . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٩٢ ، ٢٩٣) .

الثالثة : أن التوكيلَ بالخصومة لإثبات الأموالِ والعقوبات للآدميين كحَدِّ القَذْف [في] [1] القصاص : جائزٌ برضا الخصم ودون رضاه عندنا [خلافًا لأبي حنيفة] [2] [3] .

ولا يجوز التوكيلُ بإثبات [4] الحدود لله [4] - تعالى - ؛ [فإن الحق لله تعالى] [5] ، وهو على الدِّرَاء [6] مبناه . وهل يجوز التوكيلُ باستيفاء القصاص وحَدِّ القذف ؟ لاشَكَّ [7] في جوازه [7] في حضور الموكِّل . وفي غَيْبَتِه ، نصَّ الشافعيُّ [8] - رضي الله عنه - في الوَكالة أنه لا يُسْتَوْفَى ، وقال في الجنايات : ولو وكَّل فتنحَّى به ، فعَفَا الموكِّلُ فقَتَلَه الوكيلُ قَبْلَ العلم بِالعَفْو ، ففي الضمان قولان :

فمنهم [9] من قطع بالجواز ، كما في حضرته .

ومنهم من قطع بالمنع ؛ لأنه إذا حضر ربما رَحِمَه فعفا .

ومنهم من قال : قولان [10] : مأخذهما : أن الإبدالَ هل يتطرّقُ إليها كالإثبات

---

(١) زيادة من (ب) . (٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز التوكيلُ بالخصومة لإثبات الأموال أو عقوبة الآدمي ، كالقصاص وحد القذف ، وسواء رضي الخصمُ أو لم يرضَ ، وسواء كان للموكل عذرٌ كالمرض مثلًا ، أم لا . ولا يجوز التوكيلُ في إثبات حدود الله تعالى ؛ لأنها مبنيةٌ على الدرء . وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز التوكيلُ بالخصومة إلا برضا الخصم ، إلا أن يكون الموكلُ مريضًا أو غائبًا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا .

انظر : روضة الطالبين : (٢٩٤/٤) ، مختصر الطحاوي : (١٠٨) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٥٧/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٨٩/٢) .

(٤) في (أ) : « حدود الله » . (٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « الدَّرْء » . (٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٨) انظر : الأم : (٢٠٧/٣) ، مختصر المزني : (٤/٣) . (٩) في (أ) : « منهم » .

(١٠) قال في الروضة : « يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للإمام ، وللسيد في حد مملوكه ، ويجوز للوكيل استيفاءُ عقوبات الآدميين بحضرة المستحق . وفي غيبته ، طرق : أشهرها : على قولين ، أظهرهما : الجواز . والطريق الثاني : الجواز قطعًا . والثالث : المنع قطعا » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ٢٩٤) .

بالشهادة [١] على الشهادة ؛ لأن الوكيلَ بَدَلٌ وهو باطلٌ بحال الحضور ؟ .

الشرط الثاني : أن يكون ما به التوكيلُ [٢] مملوكًا لموكِّله [٣] .

فلو وكَّله بطلاقِ زوجةٍ سيَنْكِحُها ، أو [٤] بيع عبد سيملكه ، فالوكالة في الحال باطلةٌ ؛ لأنه فوَّضَ إليه ما لا يَمْلِكُه .

الشرط الثالث : أن يكون الموكَّلُ به مضبوطَ الجِنْسِ ، معلومًا .

وفيه أربع مسائل :

الأولى : إذا وكَّل على العموم ، فلو قال : وكَّلْتُكَ بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ : لم يَجُزْ ؛ لأنه يَعْظُمُ فيه الغرَرُ ، ولو قال : وكلتك بما إليَّ من تطليقِ زوجاتي ، وعَتْقِ عَبِيدِي ، واستيفاءِ حقوقي ، وقضاءِ ديوني : فهو جائزٌ ، لأنه فصَّل وقيَّدَ بما إليه ، فانتفى الغَرَرُ .

ولو قال : وكَّلتك بكلِّ قليلٍ وكثير مما إليَّ من التصرفات ، ففيه وجهان [٥] ؛

---

(١) في (أ) : « فالشهادة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « ملكًا » .

(٣) في (أ) : « للعاقد » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « إذ » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « الشرط الثالث : أن يكون ما وكّل فيه معلومًا من بعض الوجوه ، بحيث لا يَعْظُمُ الغررُ . وسواء كانت الوكالةُ عامةً أو خاصة ، أما العامة ففيها طريقة لإمام الحرمين والغزالي ، وطريقة للأصحاب . فأما طريقتهما ، فقالا : لو قال : وكلتك في كلِّ قليلٍ وكثير ، فباطلةٌ . وإن ذكر الأمورَ المتعلقة به مفصلة ، فقال : وكلتك في بيع أملاكي ، وتطليقِ زوجاتي ، وإعتاق عبيدي صح توكيله . ولو قال : وكلتك في كل أمر هو إليَّ مما يقبل التوكيلَ ، ولم يفصل أجناسَ التصرفات ، فوجهان . أصحهما : البطلان .

وأما طريقة سائر الأصحاب ، فقالوا : لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري أو في جميع حقوقي ، أو في كل قليل وكثير من أموري ، أو فوّضت إليك جميعَ الأشياء ، أو أنت وكيلي فتصرف في مالي كيف شئت : لم تصح الوكالة . قالوا : ولو قال : وكلتك في بيع أموالي ، أو استيفاء ديوني ، أو استرداد ودائعي ، أو إعتاق عبيدي : صحَّت . وهذه الطريقةُ هي الصحيحة نقلًا ومعنى ، وقد نص عليها الشافعي رضي الله عنه » . انظر : روضة الطالبين : (٢٩٥/٤) .

لتردُّدِه بين المرتبتين [١] .

الثانية : إذا وكَّل بتصرُّفٍ خاصٍّ ، وقال : اشْتَرِ لي عبْدًا تُرْكِيًّا بمائة : صحَّ ، ولم يشترط وراءه وصفًا قطعًا ؛ لأن هذا القَدْرَ ينفي الغررَ عُرْفًا .

وإن اقتصر على قوله : اشْتَرِ عبدًا ، فالمذهب : المنع [٢] ؛ لأنه يَعْظُمُ فيه الغَرَرُ .

وإن قال : عبدًا تركيًّا ولم يذكر الثَّمَنَ ، ففيه وجهان ؛ لتردُّدِه بين المرتبتين [٣] .

واختار ابن سريج صحَّتَه [٤] ؛ لأنه يكون قد وطَّن نَفْسَه على أعلى الجنس المذكور .

الثالثة : إذا جَوَّزْنَا التوكيلَ بالإقرار ، فلا يَصِحُّ حتى يتبين قَدْرُ [٥] المقَرِّ به وجِنْسُه ؛ لأن الغررَ يعظم فيه .

وإن وكَّله بالإبراء ، فلْيَذْكُرْ مقدارَه ، فإن قال : أبْرِئْه [من مالي] [٦] عمَّا لي عليه ، وعَرَفَه الموكِّلُ دون الوكيلِ ، والمبْرَأِ عنه : جاز ، فلا يُشترط إلا معرفةُ المستحِقّ .

ولو قال : بِعْ عبدي [٧] بما باع به فلانٌ فَرَسَه ، والموكِّلُ عالمٌ بذلك القَدْرِ والوكيلُ جاهلٌ : لم يَجُزْ ، فيعتبر [٨] في العقد علمُ الوكيل ؛ لأنه متعلقُ العُهْدَة [٩] ، بخلاف الإبراء .

الرابعة : لو قال : وكَّلتك بمخاصمةِ خَصْمَيَّ ، فيه وجهان :

أحدهما : الجوازُ ؛ لأن الخصومةَ جنسٌ واحدٌ .

والثاني : لا ؛ لما فيه من الاختلاف . والأَوْلَى تصحيحُه .

* * *

---

(١) في (أ) : « الرتبتين » .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٢٩٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦/٥) .

(٣) في (أ) : « الرتبتين » .

(٤) وهو الأصح ، كما في الروضة : (٢٩٧/٤) .

(٥) في (أ) : « مقدار » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٧) في نسخة أخرى : « عملًا » كذا على هامش الأصل .

(٨) في (أ) : « فاعتبر » .

(٩) في (أ) : « العقد » .

الركن الثاني : الموكِّل

وشرطه : أن يكون قادرًا على التصرف بنَفْسِه ، فلا يصحُّ توكيلُ (1 المجنونِ والصبيِّ 1) ، والمرأةِ في عقد النكاح ، والفاسقِ في نكاحِ ابنته ، إذا قلنا : إنه لا يَلِي ، والعَبْدِ في نكاحه لنفسه ، وللأبِ والجَدِّ ذلك [التوكيلُ] [2] .

وهل للأخ والعمِّ ومَنْ يفتقر إلى الإذن [في] [3] ذلك ؟ فيه وجهان : منهم من أَلْحَقَهم بالوكيل والعَبْدِ المأذونِ ، وهما لا يملكان التوكيلَ في التصرف المعينَّ إلا بالإذن .

ومنهم من ألحق (4 بالجَدِّ والأب 4) .

* * *

---

(١) في (أ) : « الصبي والمجنون » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بالأب والجد » .

الركن الثالث : الوكيل

وشرطه : أن يكونَ صحيحَ العبارة ، فالمرأةُ مسلوبةُ العبارة في النكاح إيجابًا وقبولًا ، وكذا المُحْرِمُ عندنا ، والصبيُّ والمجنونُ مسلوبا العبارةِ مطلقًا .

والأصح : أن المحجورَ عليه [1] بالتَبْذِيرِ صحيحُ العبارة ، وكذا المحجورُ [عليه] [2] بالفَلَسِ ، فيصح توكيلُهم .

وذَكَرُوا في توكيل العَبْدِ بقبول النكاح ، وتوكيل المرأة بتطليقِ [3] غيرها ، وتوكيل الفاسق بالإيجاب [4] في النكاح : وجهين [5] إذا قلنا : إنه لا يَلِي مع القطع بأنه يتوكَّلُ في القبول [6] . وينبغي [7] أن يَطَّرِدَ الوجهان [8] أيضًا في إيجاب العبد في النكاح .

والأَسَدُّ : الجوازُ في الكلِّ ؛ إذ لا خَلَلَ في نَفْسِ العبارة ، وإنما امتنع الاستقلالُ / ٩٦أ لمعنًى لا يقتضي منعَ الوكالة .

* * *

---

(١) قوله : « عليه » : ليس في (ب) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « بطلاق » . (٤) في (أ) : « في الإيجاب » .

(٥) الأصح من هذين الوجهين : الصحة في توكيل العبد بقبول النكاح ، وتوكيل المرأة بتطليق غيرها ، والمنع في توكيل الفاسق بالإيجاب في النكاح ، إذا سلبناه الولاية . انظر : الروضة (٢٩٩/٤ ، ٣٠٠) ، مغني المحتاج : (٢١٨/٢ ، ٢١٩) ، نهاية المحتاج : (٢٠/٥) .

وهذا بخلاف ما مال إليه الغزالي – رحمه الله – بجواز التوكيل في المسائل السابقة ، كما سيقول بعد قليل .

(٦) في (أ) : « بالقبول » . (٧) في (أ) : « فينبغي » .

(٨) والأصح : المنع ، كما في الروضة : (٢٩٩/٤) .

الركن الرابع : الصيغة

وفيه مسألتان :

إحداهما (١) : أن الإيجابَ لابُدَّ منه ، وهو قوله : وكَّلْتُك ، أو أذِنْتُ [لك] (٢) ، أو ما يقوم مقامه .

وفي القبول ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يُشترط (٣) لأنه تسليطٌ وإباحةٌ ، فأشبهَ إباحةَ الطعامِ (٤) . وفي طريقة العراق : أنه لابُدَّ من القبول ، ثم يَكْفِي التراضي (٥) والقبولُ بالفعل ، وهذا عَيْنُ إسقاطِ القبول بتنزيله منزلةَ الإباحة . والثاني : أنه يُشترط ؛ لأنه عَقْدٌ كالعقود .

والثالث : قال القاضي : إن قال : بِعْ ، وطَلِّقْ ، وأتى بصيغةِ الأمر فهو كالإباحة . وإن قال : وكَّلْتُك ، أو أَنَبْتُك فهذا من حيث الصيغة يَسْتَدْعِي قبولًا لينتظم .

وقد أطلق الأصحابُ أن الوكيلَ لو عَزَلَ نَفْسَه ينعزل .

وعلى رأي القاضي : يُحْتَمَلُ أن يُقال : لا تأثيرَ لرَدِّ الوَكالة ، كما لا تأَثُّرَ (٦) لرَدِّ الإباحة . ويُحتمل أن يُقال : الإباحةُ تَبْطُلُ بالرد ، فيحتاج إلى استئنافها بعد ذلك .

إن قُلنا : لا يشترط قبولُه ، ففي اشتراطِ عِلْمِه (٧) وجهان (٨) مُرَتَّبان على انعزاله

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « إحديهما » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٠١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٢/٢) نهاية المحتاج : (٢٨/٥) .

(٤) في (أ) : « للطعام » .

(٥) في (أ) : « التراخي » .

(٦) في (أ) : « تأثير » .

(٧) في نسخة أخرى : « عمله » كذا على هامش الأصل .

(٨) والأصح : أنه تثبت الوكالة وإن لم يعلم الوكيل ، كما في الروضة : (٣٠١/٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٢٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨/٥) .

بالعَزْلِ دون علمه ، وأولى بأن يُشترط .

فإن قُلنا : يُشترط علمُه ، ففي اشتراط اتصاله بالوكالة مقترنًا وجهان (١) .

الثانية : تعليقُ الوكالة بالشروط (٢) ، فيه خلاف مشهور :

منهم من بناه على اشتراط القبول ، فإن التعليقَ معه لا ينتظم .

قال الشيخ أبو محمد : إن لم يُشترط القبولُ جاز التعليقُ ؛ لأن الحاجةَ قد تَمَسُّ إليه ، وإن شرطنا القبولَ فوجهان ، فإنَّا نُجَوِّزُ تعليقَ الخُلْعِ ، وقد شُرِط فيه القبولُ ، فإن أفسدنا التعليقَ فوُجِدَ الشرطُ .

قال العراقيون : جاز التصرُّفُ بحكم الإذن ، وفائدةُ فسادِ الوكالة سقوطُ المُسَمَّى إن سَمَّى له أجرةً ، وقطع الشيخ أبو محمد بأنَّ الإذنَ ليس منفصلًا عن الوكالة ، فمعنى فسادِها بطلانُ الإذن .

فرعان :

أحدهما : لو قال : وكَّلْتُك الآن ، ولكن لا تُبَاشِرِ التصرُّفَ إلا بعد شهر ، أو بعد قدوم فلان :

قطع العراقيون بالجواز ، وقالوا : ليس هذا تعليقًا ، إنما هو تأخيرٌ فيجب عليه الامتثالُ ، وبه قطع الشيخ أبو محمد .

الثاني : إذا قال : كُلَّما عَزَلْتُك فأنت وكيلي - وجوَّزنا التعليق - عاد وكيلًا ، فطريقُه في العزل أن يقول : كُلَّما (٣) عُدْتَ وكيلى فأنت معزولٌ حتى يتقاوَمَ (٤) العزلُ والوكالةُ ، ويكون (٥) الأصلُ منعَ التصرف .

* * *

---

(١) ولم يرجِّح في الروضة أيَّ واحد هذين الوجهين . انظر : الروضة : (٣٠١/٤) .

(٢) كلمة : « بالشروط » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فكلما » . (٤) في (أ) : « يتقام » .

(٥) في (أ) : « فيكون » .

الباب الثاني : في حكم الوكالة الصحيحة

ولها أربعة أحكام :

[الحكم] [١] الأول : وجوب الموافقة والامتثال

ويُعْرَفُ ذلك من موافقة اللفظِ ولا يعرف بمجرده ، بل قد يوافق اللفظُ ولا يَصِحُّ ؛ لمخالفة المقصود ، وقد يخالف اللفظُ فيصح ؛ لموافقة المقصود .

فأما [٢] ما يوافق اللفظ في عمومه ويمتنع بمخالفة المقصود ، فذلك في الوكيل المطلق وفيه صور :

الأولى : أن الوكيلَ بالبيع مطلقًا لا يبيع بالعَرْضِ ولا بالنَّسِيئَة ولا بما دون ثَمَنِ المِثْل ، ولا بثمن المثل إن قَدَرَ على ما فوقه ، فإن فَعَلَ شيئًا من ذلك لم يصح تصرُّفُه عند الشافعي [٣] - رضي الله عنه - ؛ لأن قرينةَ العُرْفِ عرفت هذه المقاصدَ ، فنزل منزلةَ اللفظ ، فهو كما إذا أَمَرَه بشراء الجمدِ في الصيف فلا يشتريه في الشتاء ، وإذا أمره بشراء الفحم [٤] في الشتاء فلا يشتريه في الصيف ؛ تَرْكًا لعموم اللفظِ بقرينة الحال ، فيجب أن يَبِيعَ بالنقد الغالبِ وثمنِ المثل ، فإن باع بثمن المثل فطَلَبَ [٥] في مجلس الخيار بزيادةٍ ، ففي وجوب الفسخ وجهان فَصَّلناهما في كتاب الرهن .

الثانية : أن يَبِيعَ ممن شاء من أقاربه ، ولا يَبِيع من نفسه عند الإطلاق .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يبيع ممن تُرَدُّ شهادتُه له [٦] ، ....

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وأما » .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٣٠٤/٤) .

(٤) في (أ) : « اللحم » .

(٥) في (أ) : « وطلب » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الوكيل بالبيع مطلقًا يجوز له أن يبيع لأبيه وابنه وسائر أصوله وفروعه . وهو مذهب أبي يوسف ومحمد ، وذلك إذا كان البيع للأصول والفروع - عندهما - بمثل قيمة البيع لغيرهم .

ومذهب الحنفية : أن الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له التعاقدُ بالبيع أو الشراء لأصوله أو فروعه . =

وذلك [1] وجهٌ لأصحابنا مشهورٌ في طريقة العراق .

والصحيح : أنه يَنْفَذُ مهما رَاعَى الغِبْطَة ، وبيعُه من نفسه خارجٌ عنه بقرينة العُرْفِ .

نعم ، لو صرَّح [2] بالإذن في بيعه من نفسه ، فقد ذكر ابن سريج وجهين ، القياسُ [3] الظاهرُ : صحتُه [4] .

ووجه المنع : أنه يَتَّحِدُ البائعُ والمشتري ، والبيعُ فِعْلٌ شرعيٌّ مُتَعَدٍّ إلى مُبتاعٍ ومبيع ، فلا يَقُوم إلا بمفعولَيْن .

وطَرَدَ ابن سريج هذا في ابن العم ، أنه هل يتولَّى طرفي النكاح [5] لنفسه ، وكذا الوكيلُ في النكاح ؟

وطرد هذا في قطع اليد [بإذن الإمام] [6] [7] سرقةً وقصاصًا [7] ، وإقامةِ الحدِّ إذا تعاطاها مَنْ عليه بالإذن ، وكذلك مَنْ عليه الدَّيْنُ إذا قال له المستحِقُّ اقْبِضْ لي مِن

= انظر : روضة الطالبين : (٣٠٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٤/٢ ، ٢٢٥) ، نهاية المحتاج : (٣٥/٥ ، ٣٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٦٢/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٩٦/٢ ، ٩٧) .

(١) في (أ) : « وهو » .

(٢) في هامش الأصل : « صحَّ » .

(٣) في (أ) : « والقياس » .

(٤) قال في الروضة : « لو صرح في الإذن في بيعه لنفسه فوجهان . قال ابن سريج : يصح . وقال الأكثرون : لا يصح . ولو أذن في بيعه لابنه الصغير ، قال في « التتمة » : هو على هذا الخلاف . وقال البغوي : وجب أن يجوز . ويجري الوجهان فيما لو وكله في الهبة لنفسه ، أو تزويج بنته لنفسه . وفي تولِّي ابن العم طرفي النكاح أن يتزوج بنت عمه بإذنها وهو وليها ، والنكاح أولى بالمنع . وفيما لو وكَّل مستحقُّ الدين المدينَ باستيفائه من نفسه ، أو وكل مستحقُّ القصاص الجانيَ باستيفائه من نفسه في النفس أو الطرَف ، أو وكل الإمامُ السارقَ في قطع يده ، أو وكل الزانيَ ليجلد نفسه ، والصحيح : المنع في كل ذلك » . انظر : روضة الطالبين : (٣٠٥/٤ ، ٣٠٦) .

(٥) في (أ) : « العقد » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) : « بسرقة وقصاص » .

نَفْسِك ، وقال : لو وكَّله [1] مَنْ عليه [الدين] [2] بإبراءِ نفسه : جاز .

وطرد العراقيون الوجهين فيه ، ولعل منشأه : أنه إذا قيل : [هل] [3] يفتقر إلى القبول ؟ يلتحق بسائر التصرفات ، وإلا فما ذكره ابن سريج ظاهر .

وكذا الخلافُ في الوكيل بالخصومة من الجانبين : أنه هل يصح [4] ؟

ولا خلافَ أن الأبَ يتولَّى طَرَفَى البيعِ في مالِ ولده ، وذلك من [5] خاصية [6] الأُبُوَّة . وفي تولِّي الجدِّ طرفي النكاح على حَفَدتِه [7] الوجهان ، ولو كان وكيلًا بالبيع والشراء من الطرفين فينبغي أن يُخَرَّجَ على الوجهين ، فإن [8] التناقضَ فيه لا يَزِيدُ على بَيْعِه من نفسه .

ولو وكَّل عبدًا لِيَشْتَرِيَ له نَفْسَه من مولاه : (٩ صحَّ ، وفي طريقة العراق وجهٌ : أنه لا يصح ؛ لأن توكيلَ العبد كتوكيل المَوْلَى ؛ / فإن يَدَه يَدُه ، ولو وكَّله ليشتري له من نفسه ٩) : لا يجوز على أحدِ الوجهين ، وهو ضعيف . ٩٦ / ب

نعم ، قال صاحب التقريب : لو أضاف العَبْدُ الشراءَ إلى موكِّله : وقع عنه ، ولو أطلق : وقع عن العَبْدِ وعَتَقَ ؛ لأن قوله : « اشتريْتُ » صريحٌ في اقتضاء العِتْقِ ، فلا يَتحوَّلُ إلى الملك بمجرد النِّيَّة .

ولو وكَّل العَبْدُ أجنبيًّا ليشتري له نَفْسَه من سيده ، فإن صرَّح بالإضافة إلى العبد : صح ، وإن أضْمَرَ : وقع عنه ؛ لأن السيدَ لم يَرْضَ بالعتق ، والنقلُ إلى العبد كالإعتاق .

الثالثة : الوكيلُ بالبيع إلى أجَلٍ ، إن فصَّل له الأجَلَ : لم يَزِدْ ، وإن أَذِنَ [10]

---

(١) في (أ) : « وكل » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) زيادة من (ب) .
(٤) الأصح : المنع ، كما في الروضة : (٣٠٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٥/٢) .
(٥) في (أ) : « في » .
(٦) في (أ) : « خاصة » .
(٧) في (أ) : « حفيدَيْه » .
(٨) في (ب) : « وإن » .
(٩) ما بين القوسين ليس في (أ) .
(١٠) في (أ) : « أطلق » .

مطلقًا في الأصل [١] ، فوجهان : أحدهما : البطلان ؛ لأنه مجهولٌ .

والأصح : الصحة ، ثم يَتقيَّدُ [٢] بشرط الغِبْطة .

وقيل : لا يزيد على سَنَةٍ ، فإنه [٣] أجَلُ الشرع في الجِزْيَةِ والزكاة ، وهو ضعيف .

الرابعة : الوكيل بالبيع مطلقًا لا يَمْلِكُ تسليمَ المَبِيع قبل توفير الثمن ؛ لأنه لم يُؤْذَنْ [له] [٤] فيه ، فإن وفَّر [٥] على المالك : جاز التسليمُ لأنه مستحِقٌّ ، فعليه [الأداء] [٦] أن لا يَمْنَعَ من الحق ؛ لأنه [٧] مَلَكَه بالتوكيل .

وكذلك التوكيلُ بالشراء يَمْلِكُ تسليمَ الثمن ويملك قَبْضَ المشتَرَى ؛ لأن العُرْفَ يدل عليه ، وهو يملك قبْضَ ثمنِ المبيع [المعين] [٨] ؟ [فيه] [٩] وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه لم يأذَنْ وتَعيينُ [١٠] ملكِه بالقبض يستدعِي أمرًا مُجدَّدًا .

والثاني : نعم [١١] ؛ لأنه من توابعِ البيع كقبض المشتري المعيَّنَ [١٢] ، فكذلك [١٣] الخلافُ في أن الوكيلَ بالخصومة في إثباتِ [١٤] حقٍّ ، هل يملك استيفاءَه ؟ والوكيلَ بالاستيفاء هل يملك الخصومةَ ؟ فيه ثلاثة أوجه [١٥] .

---

(١) في (أ) : « الأجل » .

(٢) في (أ) : « ينفذ » .

(٣) قوله : « فإنه » : ليس في (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « توفَّر » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) : « إلا أنه » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في (أ) : « وتعيُّنُ » .

(١١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٠٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٦/٥) .

(١٢) في (أ) : « العين » .

(١٣) في (أ) : « وكذلك » .

(١٤) كلمة : « إثبات » : ليست في (أ) .

(١٥) أصح هذه الأوجه : المنع ، كما في الروضة : (٣٠٩/٤) .

الثالث : أن الوكيلَ بإثبات الحقِّ لا يملك الاستيفاءَ ، أما الوكيلُ بالاستيفاء فيملك الخصومةَ ؛ لأنه من جملةِ الاستيفاء .

وكذا الخلافُ في أن الوكيلَ بالشراء إذا توجَّه الدَّرَكُ بالثمن عند خروج المبيع مستحقًّا ، هل يُخَاصِمُ في استرداد الثمن ؛ لأنه من التوابع ؟

ولا خلافَ في أنه لا يملك الإبراءَ عن الثمن ، خلافًا لأبي حنيفة ، ويَقْرُبُ من هذا الأصل الخلافُ في أنه هل يملك إثباتَ الخيار وشَرْطَه ؟ فيه ثلاثة أوجه [١] :

أحدها : لا ؛ لأنه لم يُؤْذَنْ له [٢] فيه .

والثاني : نعم ؛ لأنه من توابعِ العقد ومصالحِهِ .

والثالث : أنه يَمْلِكُ في الشراء ؛ للحاجة إلى التَّرَوِّي ، ولا يملك في البيع .

الخامسة : الوكيلُ المطلَقُ بالشراء إن اشترى عبدًا معيبًا يساوي ما اشتراه به : فإن [٣] جَهِلَ العَيْبَ : وقع عن الموكِّل ، وإن عَلِمَه فثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ؛ لأن صيغةَ العَبْد عامٌّ .

والثاني : لا [٤] ؛ لأن العُرْفَ يخصص بالتسليم [٥] .

والثالث : أن ما لا يُجْزِئُ في الكفارة لا يقع عن جهته ، فقوله : اشترِ رقبةً ، كقول الله - تعالى - : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ .

---

(١) قال في الروضة : « ولو أمره بالبيع وأطلق ، لم يكن للوكيل شرطُ الخيار للمشتري ، وكذا ليس للوكيل بالشراء شرطُ الخيار للبائع . وفي شرطهما الخيار لأنفسهما أو للموكل ؟ وجهان . قلت : أصحهما : الجواز ، وبه قطع في « التتمة » ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣٣٢/٤) .

(٢) قوله : « له » : ليس في (أ) .   (٣) في (أ) : « إن » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٠٩/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٥/٢ - ٢٢٦) ، نهاية المحتاج : (٣٧/٥ ، ٣٨) .

(٥) في (أ) : « بالسليم » .

أما إذا كانَ لا يساوي ما اشْتَرَى [١] به ، فإن علم العَيْبَ : لم يقع عن الموكِّل ؛ لأنه مخالفٌ ، وإن جهل فوجهان :

أحدهما : لا ، كما لو كان [٢] يغبن [٣] ولم يعرف .

والثاني : نعم [٤] ؛ لأن الغَبْنَ لا تَدارُكَ له ، وإيقاعُ هذا عنه ووقوعُه [٥] على رضا الموكِّلِ ممكنٌ .

التفريع :

إذا اشترى المبيعَ [المعيب] [٦] بثمن المثل ، وقلنا : يقع عنه فللموكِّلِ الرَّدُّ ، وهل للوكيل الردُّ بالعيب ؟

نُظِرَ : إن لم يكن العَبْدُ معيبًا [٧] من جهة الموكِّلِ ، فالظاهر : أن له ذلك ؛ ليَخْرُجَ عن العُهْدِة ، فيكون من توابع العقد ومصالحِهِ . وفيه وجه حكاه صاحب التقريب عن ابن سريج : أنه لا يملك ، وهو متجهٌ قياسًا ، بل يرجع إلى الموكل .

أما إذا كان العبدُ [٨] معيَّنًا من جهة الموكل ، فوجهان [٩] مشهوران ، ووجه الفَرْقِ : أنه قطع بالتعيين نظره ، فلعل له فيه غَرَضًا يَجْبُرُ العَيْبَ إذا علمه .

---

(١) في (أ) : « اشتراه » .

(٢) قوله : « كان » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « تعين » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣١٠/٤) .

(٥) في (أ) : « ووقفه » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « معيَّنًا » .

(٨) في (أ) : « للعبد » وهو خطأ .

(٩) قال في الروضة : « الحال الثاني : أن يكون وكيلًا في شراء معين . فإن لم ينفرد الوكيلُ في الحال الأول بالرد ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . الأصح المنصوص : الجواز ؛ لأن الظاهرَ أنه يريده بشرط السلامة » . انظر : روضة الطالبين : (٣١٠/٤) .

فإذا [(١] أثبتنا الخيارَ للوكيل [١)] ، فإذا رَضِيَ الموكلُ : سقط خيارُ الوكيل ، فإن [(٢)] رضي الوكيلُ : لم يَسْقُطْ خيارُ الموكل ، فلو عاد الوكيلُ بعد الرضا : جاز على أحد الوجهين ؛ لأن رضاه كان ساقطًا .

وفيه وجه : [(٣] أنه لم يَجُزْ له الردُّ [٣)] [(٤)] ، فلو أراد الوكيلُ الردَّ ، فادعى البائعُ رضا الموكل : فعليه البينةُ ، أو يحلف الوكيلُ أنه لا يَعْلَمُ رضا الموكل ، ويَرُدُّ ؛ لِيَخْرُجَ عن العهدة . أما إذا كان الوكيلُ عالمًا بالعيب ، وقلنا : يقع عن الموكل : فلا ردَّ له ، وهل للموكل الردُّ ؟ [فيه] [(٥)] وجهان [(٦)] .

ووجه المنع : أن علمَ الوكيل كعلم الموكل ، كما أن رؤيته تَمْنَعُ الموكلَ من خيار الرؤية . فإن قلنا : له الردُّ ، فإذا ردَّ هل يتحولُ العَقْدُ الآن إلى المشتري ؟ فيه وجهان [(٧)] :

ووجه المنع : أنه وقع في الابتداء عن الموكل فلا يُعقَلُ انتقالهُ .

السادسة : الوكيل [المطلق] [(٨)] بتصرفٍ معينٍ لا تُوكِّلُ فيه .

---

(١) في (أ) : « أثبتنا له الخيار وللوكيل » . (٢) في (أ) : « وإن » .

(٣) في (أ) : « أنه لا يجوز له الرجوع إلى الرد » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣١٠/٤) .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) ، (٧) قال في الروضة : « فإذا قلنا به ، وأثبتنا أن له العودَ ولم يعد ، فاطلع الموكلُ عليه ، وأراد الردَّ ، فله ذلك إن سمَّاه الوكيلُ في الشراء ، أو نواه وصدَّقه البائع ، وإلا ، فوجهان :

أحدهما : يرده على الوكيل ، ويلزمه المبيع ؛ لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل . فانصرف إليه . وبهذا قطعًا في « التهذيب » و « التتمة » .

والثاني : وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه : أن المبيع للموكل ، وقد فات الرد لتفريط الوكيل . ويضمن الوكيل » . انظر الروضة : (٣١٠/٤ ، ٣١١) .

(٨) زيادة من (أ) .

ولو فَوَّضَ إليه تصرفاتٍ لا يطيقها [١] : فثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأنه لم يُؤْذَنْ له ، فليَفْعَلْ ما يَقْدِرُ عليه وليترك الباقي .

والثاني : نعم ؛ لأن قرينةَ الحال يدل [٢] على أنه أرادَ تحصيلَه منه بطريقة .

والثالث [٣] : أنه لا يُوكِّل في القدر الميسورِ ، ويوكِّلُ في الباقي .

أما إذا أذِنَ له في التوكيل بأن قال : بِعْ ، أو وكِّلْ عنِّي ، فله أن يوكِّل أمينًا ، فلو وكل خائنًا : لم يصح ؛ لأنه خلافُ الغبطة .

فإن كان أمينًا فخان ، فهل للوكيل عَزْلُه ؟ فيه وجهان [٤] .

ثم إذا قال : وكِّل عنِّي ، فوكَّلَ أمينًا ، فالوكيلُ الثاني وكيلُ الموكِّلِ لا ينعزل بعزل الوكيل .

فإن قال : وكِّل عن نفسك ، فيه وجهان :

أحدهما [٥] : أن الوكيلَ الثاني وكيلُ الوكيل كما صرَّح به .

والثاني : وكيلُ الموكِّل ؛ لأن الوكيلَ لا يملك ، فكيف يكون له وكيلٌ ؟

إن [٦] قلنا : إنه وكيلُ الوكيل ، فله عَزْلُه ، وسبيلُ الموكِّل إلى عَزْلِهِ بعزل [٧] الوكيل الأول ، فإن خصَّصه بالعزل فوجهان [٨] / . ٩٧/أ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « يطيقه » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « تدل » .

(٣) وهو المذهب ، كما في الروضة : (٣١٣/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٨/٥ ، ٣٩) .

(٤) أقيسهما : منع عزله ، كما في الروضة : (٣١٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٤١/٥) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣١٣/٤) .

(٦) في (أ) : « فإن » . (٧) في (أ) : « أن يعزل » .

(٨) الأصح : أنه ينعزل ، كما في الروضة : (٣١٣/٤) .

وإن قلنا : إنه وكيلُ الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول . وهل ينعزل بموته ؟ وجهان [١] .
ووجه الانعزال : أنه فرْعٌ [٢] على الجملة .

ولو قال : بِعْ أو وكِّل [٣] ، ولم يقل : عن نفسك ، أو عنِّي ، فعلى أيهما يُحْمَلُ ؟ على وجهين [٤] .

هذا كلُّه في الوكيل المطلقِ ، أما الوكيلُ المقيَّدُ فيجب عليه أن يَتَّبِعَ قيودَ التوكيلِ ولا يخالف ، وفيه صور :

الأولى : لو [٥] قال : بِعْ من شخصٍ مخصوصٍ ، أو في مكانٍ مخصوص ، أو بنَقْدٍ مخصوص ، أو وَقْتٍ مخصوص ، [أو أجَلٍ مخصوص] [٦] : لم يجز له أن يتعدَّى إلى ما نَهاه عنه [٧] ، ولا إلى ما سَكَتَ عنه ، إذا تصوَّرَ أن يكون له في المخصوص [٨] غَرَضٌ .

وفي تخصيص المكان الذي لا يَظْهَرُ فيه تفاوتُ ثمنٍ ، وجه [٩] ....

---

(١) الصحيح : أنه ينعزل بموته ، كما في الروضة : (٣١٣/٤) .

(٢) في (أ) : « فرْعُه » . (٣) في (ب) : « ووكل » .

(٤) قال في الروضة : « الحال الثاني : إذا قال : وكلتك في كذا ، وأذنت لك أن توكل فيه ، ولم يقل : عنَّك ولا عنِّي ، فهذه كالصورة الأولى أم الثانية ؟ وجهان . أصحهما : الثاني » . انظر : روضة الطالبين: (٣١٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٠/٥) .

(٥) في (أ) : « إذا » . (٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٧) قوله : « عنه » : ليس في (أ) . (٨) في (أ) : « الخصوص » .

(٩) قال في الروضة : « لو عين مكانًا من سوق ونحوها ، نظر : إن كان له في ذلك المكان غرضٌ ظاهر ، بأن كان الراغبون فيه أكثر ، أو النقدُ فيه أجودَ ، لم يجز البيع في غيره . وإلا فوجهان : أحدهما : يجوز ، وبه قال القاضي أبو حامد ، وقطع به الغزالي . وأصحهما عند ابن القطان والبغوي : المنع .

قُلْتُ : قطع بالجواز أيضًا صاحبا « التنبيه » و « التتمة » وغيرهما ، ولكن الأصح على الجملة : المنع ، وهو الذي صححه الماوردي ، والرافعي في « المحرر » . =

[آخر] (١) : أنه لا يَجِبُ اتِّبَاعُه ، ويُحْمَلُ التخصيصُ على وفاقٍ .

فلو قال : بِعْ بمائة ، ولا تَبِعْ بما فوقه : لا يَبِيع بما فوقه . ولو قال : بع بمائة واقتصر عليه : (٢ لا يبيع بما دونه ، ويبيع بما فوقه ٢) ؛ لأنه امتثل ما أَمَرَ ، وزاد خيرًا (٣ فلم تكن مخالفة ، كذلك إذا قال : اشْتَرِ بألفين ، فاشتراه بألفٍ : صح ؛ لأنه زاده خيرًا ٣) ، إلا إذا نهاه عمّا دون الألفين .

ولو قال : بع بألفِ درهمٍ ، فباع بألفِ دينارٍ : لم يصح قطعًا ؛ لأنه مخالفةٌ في الجنس ، واللفظُ لم يَدُلَّ عليه ، فيبقى ميلُه طبعًا إليه ، فهو كما قبل التوكيل .

ولو قال : بع (٤) بالنَّسِيئَةِ بمائة ، فباع بمائة نَقْدًا ، فوجهان :

أحدهما : أنه اختلافُ جنسٍ ، فلا يُحتمل .

والثاني (٥) : [أنه] (٦) يصح ؛ (٧ لأنه زاده مكانَ المطالبة ٧) في الحالِ ، فهذا (٨) زيادةُ قَدْرٍ .

الثانية : إذا سَلَّم [إليه] (٩) دينارًا وقال : اشْتَرِ به شاةً ، فاشترى [به] (١٠)

= قلت : هذا إذا لم يقدّر الثمن . فإن قال : بعْ في سوق كذا بمائة ، فباع بمائة في غيرها جاز ، صرح به صاحبا « الشامل » و « التتمة » وغيرهما . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣١٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٤/٥) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « يبيع بما أذن له ويبيع أيضًا بما فوقه » .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٤) كلمة : « بع » : ليست في (أ) .

(٥) وهذا الوجه : هو الأصح ، كما في الروضة : (٣١٧/٤) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « لأنه زاد خيرًا بإمكان المطالبة » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « فهذه » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) زيادة من (أ) .

شاتين ، وكلُّ واحدةٍ تساوي دينارًا ، أو دينارًا ونصفًا (١) : (٢ لم يَجُزْ ؛ لأنه ربما يبغي شاةً تساوي دينارًا . فلو اشترى شاتين ، كلُّ واحدةٍ يساوي دينارًا ٢) فقولان : أصحهما (٣) : الصحة . لما رُوِي أنه - عليه السلام - : « دفع دينارًا إلى عُرْوةَ ليشتري [له] (٤) شاةً ، فاشترى شاتَيْن ، وباع إحديهما (٥) بدينارٍ وجاء بالدينار والشاةِ ، فقال - عليه السلام - : « بارَكَ اللهُ [لك] (٦) في صفقةِ يمينِك » (٧) .

فإن قيل : فما قولكم في بيع الشاة الثانية ؟

قلنا : ذكر ابن سريج قولين ، ووجه الفساد : يُخَرَّجُ إلى تأويل الحديث وحَمْلِه إلى (٨) أنه كان وكيلًا مطلقًا في التصرفات ، ووجه الصحة : يُعَضِّدُ قولَ وَقْفِ العقود .

ويمكن أن يقال : جرى هاهنا لفظٌ يَدُلُّ على أن الذي جرى يوافق الرضا ، فلم يكن كوقف العقودِ ، بل يصح في الحال .

والقول الثاني : أنه لا يصح (٩) ، وهذا لا وجهَ له مع الخبر .

---

(١) في (أ) : « ونصف دينار » . (٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « أظهرهما : صحة الشراء » . انظر : روضة الطالبين : (٣١٨/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٦/٥) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « إحداهما » . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) أخرجه البخاري : (٧٣١/٦) (٦١) كتاب المناقب (٢٨) (٣٦٤٢) ، وأبو داود : (٢٥٣/٣) . كتاب البيوع ( ) باب في المضارب يخالف (٣٣٨٤) ، والترمذي : (٥٥٨/٣، ٥٥٩) . (١٢) كتاب البيوع (٣٤) (١٢٥٨) ، وابن ماجه : (٨٠٣/٢) ، (١٥) كتاب الصدقات (٧) باب الأمين يتجر فيه فيربح (٢٤٠٢) . وانظر : الزيلعي في نصب الراية : (٩١/٤) ، والمغني لابن قدامة : (٢٩٥/٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٥/٣) حديث رقم : (١١٢٧) .

(٨) في (أ) : « على » .

(٩) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٣١٩/٤) . على عكس ما رجح الغزالي . وإن كان ترجيحُ الغزالي أولى لورود الخبر .

ولو قال : بع هذا العبدَ بمائة ، فباع بمائة وعبدٍ آخر يساوي مائة : فقولان مُرتَّبان ، وأولى بالمنع [1] ؛ لأنه جَمَعَ بين جنسين .

فإن قلنا : لا يقع عنه ، فوجهان ؛ أحدهما : أنه [2] يَفْسُدُ .

والثاني : أنه يصح في نصف العبد ، فكأنه قال : بع العَبْدَ بألف ، فباع نصْفَه بألف : صحَّ ؛ لأنه زاده [3] خيرًا .

الثالثة : لو وكَّله بشراء عبد بألف ، فاشترى نصفه بأربعمائة : لم يقع عنه ، فلو اشترى النصفَ الباقِي [4] بأربعمائة أخرى : لم ينقلب إليه الكلُّ بعد انصرافه عند [5] ابتداء ، وفيه وجه لا يُعْتَدُّ به .

أما إذا قال : اشترِ لي عشرةَ أعْبُدٍ بصفقةٍ واحدةٍ فلْيَشْتَرِ من شخص واحد ، فلو اشترى من أشخاص في صفقة واحدة ، فوجهان [6] :

---

(١) قال في الروضة : « قال : بعْ عبدي بمائة درهم ، فباعه بمائة وعبد أو وثوب يساوي مائةً ، فعن ابن سريج : أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين ، وأولى بالمنع ؛ لأنه عدل عن الجنس ، فإن أبطلنا ، فهل يبطل في القدر المقابل لغير الجنس وهو النصف ، أم في الجميع ؟ قولان . فإن قلنا : في ذلك القدر ، قال في « التتمة » : لا خيار له ؛ لأنه إذا رضي ببيع الجميع بمائة فالبعض أولى . وأما المشتري فإن لم يعلم أنه وكيل بالبيع بدراهم فله الخيار ، وإن علم فوجهان ؛ لشروعه في العقد مع العلم بأن بعض المعقود عليه لا يسلم له .

قلت : ولو باعه بمائة درهم ودينار ، ففي « التتمة » و « التهذيب » : أنه على الخلاف في مائة وثوب . وقطع صاحب « الشامل » بالصحة ؛ لأنه من جنس الأثمان ، وينبغي أن يكون الأصح في الجميع : الصحة . والله أعلم » . انظر روضة الطالبين (٣١٩/٤ - ٣٢٠) .

(٢) قوله : « أنه » : ليس في (أ) . (٣) في (أ) : « زاد » .

(٤) في (أ) : « الثاني » . (٥) في (أ) : « عنه » .

(٦) قال في الروضة : « الخامسة : قال : بعْ هؤلاء العبيد ، أو اشترِ لي خمسةَ أعبد ، ووصَفَهم ، فله الجمعُ والتفريقُ ؛ إذ لا ضرر . ولو قال : اشترِهم صفقةً ، ففرَّق ، لم يصح للموكل . فلو اشترى خمسةً من مالكَيْن ، لأحدهما ثلاثةٌ ، وللآخر اثنان دَفعة ، وصححنا مثلَ هذا العقد ، ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان :

أحدهما : الصحة ؛ لأنه ملكهم دفعة .

وأصحهما : المنع ؛ لأنه إذا تعدد البائعُ لم تكن الصفقةُ واحدةً » . انظر : الروضة : (٣٣٣/٤) .

أحدهما : لا ؛ لأن الصفقةَ تتعدَّدُ بتعدُّدِ البائع .

والثاني : نعم ؛ لأن المقصودَ أن يكون الكلُّ مجموعًا في ملكه .

أما إذا قال : اشترِ [لي] [١] عشرةَ أعْبُدٍ مطلقًا ، فله أن يشترِيَ في صفقات ، وفي صفقة كيف شاء .

الرابعة : إذا وكَّله بشراءٍ فاسدٍ : لم يصح الوكالةُ ، ولا يستفيد بها الشراء الصحيح .

ولو قال : خَالِعْ زوجتي على خَمْرٍ ، فَفَعَلَ : وقع الخُلْعُ ، كما لو تعاطاه بنفسه ، فلو خالعَ على خنزيرٍ فوجهان ؛ أحدهما : لا يصح [٢] ؛ لأنه مخالفٌ .

والثاني : نعم ؛ لأن قوله في التعيين فاسدٌ ، إنما الصحيحُ أصلُ الخلع ، حتى لو خالع على عِوَضٍ صحيح : نفذ الخُلْعُ وفَسَدَ العِوَضُ ، وكذا في الصلح عن الدم .

الخامسة : الوكيلُ بالخصومة لا يُقِرُّ على موكِّله ؛ لأن اللفظَ لا يتناوله وَضْعًا وعُرْفًا ، خلافًا لأبي حنيفة [٣] - رحمه الله) ، ولا تقبل شهادتُه لموكِّله ؛ فإنه مُتَّهَمٌ ، فإن شهد بعد العَزْلِ وكان قد انتصب مخاصمًا في الوكالة : لم تُقْبَلْ ؛ لأنه صار ذا غرضٍ طبعيٍّ في تصديق نفسه وتمشيةِ قوله ، وإن لم ينتصب فعُزِلَ : سُمِعت [٤] شهادتُه .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٣/٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يُقْبَلُ إقرارُ الوكيل بالخصومة على موكله ؛ لأن اسم الخصومة لا يتناوله ، وسواء كان الإقرار في مجلس الحكم ، أم في غيره ، وهو مذهب زفر من الحنفية .

وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن : يجوز الإقرار في مجلس الحكم دون غيره .

وقال أبو يوسف : يجوز الإقرار في مجلس الحكم وغيره .

انظر : روضة الطالبين : (٣٢٠/٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٦٥/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٠١/٢) .

(٤) في (أ) : « تُسْمَع » .

وقال الأصحاب : ليس له أن يُعدِّلَ شهودَ خَصْمِ الموكِّل ، كما لا يملك الإقرارَ ، وهذا ضعيف ؛ لأنه لم يَسْتَفِدِ التعديلَ من الوكالة ، فإنه يُعِدِّلُ من غير وكالة .

نعم ، لا يُجْعَلُ تعديلُه وحده كإقرارِ الموكل بعد التُّهَمِ (١) ، ولا وجه لما أطلقه الأصحاب ، إلا أنه (٢) بتعديل الشهود مقصرٌ في الوكالة وتاركٌ حقَّ النُّصْحِ والغبطةِ له (٣) .

السادسة (٤) : إذا قال : خُذْ مالي من فلانٍ فمات : (٥ لم يأخذْه من وَرَثَتِه ؛ لأنه قد رضي بيَدِ ورثته . ولو قال : خُذْ مالي من الحق على ٥) فلان : جاز أن يأخذ (٦) من ورثته ؛ لأن قَصْدَه استيفاءُ الحق ، وكذلك (٧) لو وكَّل العَدْلَ في بيع المرهون – وهو حِنْطَة – فأتلفها أجنبيٌّ فأخَذَ مِثْلَها : لم يكن له بَيْعُها ؛ لأن الإذنَ لا (٨) يتناول البدَلَ (٩) .

السابعة : لو وكَّل رجلَيْنِ بالخصومة ، فهل لكلِ واحد الاستبدادُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا (١٠) ، كالوصِيَّيْنِ والوكيلين في التصرف .

والثاني : نعم ؛ لأن العرفَ في الخصومة يُجَوِّزُ ذلك .

الثامنة : إذا سَلَّم إليه ألفًا وقال : اشْتَرِ بعينها / عبدًا ، فاشترى في الذمة : لم يقع عن الموكِّل ؛ لمخالفته . ٩٧ / ب

ولو قال : اشْتَرِ في الذمة ، واصْرِفِ الألفَ فيه ، فاشترى بعينها فوجهان (١١) :

ووجه التصحيح : أنه لم يتفاوت ، إلا أنه ينفسخ العَقْدُ بتَلَفِه ، فلا يلزمه الألْفُ عند

---

(١) في (أ) : « اتهم » .

(٢) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٣) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٤) عَكَسَ في (أ) وجَعَلَ السابعةَ مكان السادسة .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « يأخذه » .

(٧) في (أ) : « ولذلك » .

(٨) في (أ) : « لم » .

(٩) في (أ) : « للبذل » .

(١٠) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢١/٤) .

(١١) أصح هذين الوجهين : عدم صحة الشراء ، كما في الروضة : (٣٢٣/٤ ، ٣٢٤) .

التلف . ولو اشترى في الذمة للَزِمَه في التلف والبقاءِ ، فقد زاده خيرًا .

ولو سلَّم للألف [1] وقال : اشترِ عبدًا مطلقًا ، فعلى ماذا يُحمل ؟ فيه وجهان [2] ، فإن حملنا على الشراء بعينه : لم يَجُزِ الشراءُ في الذمة .

التاسعة : إذا قال : بِعْ من زيد بألف ، فباع [3] بألفين لم يجز ؛ لأن له (٤ في مسامحته غرضًا ٤) بعد التعيين ، إلا إذا عُلِمَ خلافُه بالقرينة .

وإن وكَّله في بيعِ عبدٍ بألفٍ فباع نصْفَه بألف : جاز ، ولو كان (٥ بما دون ٥) الألف : لم يَجُزْ ؛ لأن الباقِيَ ربما لا يُشْتَرَى بما يُكَمِّلُ الألفَ .

ولو قال : بع ثلاثةَ أعْبُدٍ بألف ، فباع واحدًا بما دون الألف : لم يجز ؛ [لأن الباقي ربما لا يُشْتَرَى بما لا يُكَمِّلُ الألفَ] [6] ولو باع بألف : جاز ، وهل يبقى وكيلًا في بيع الباقي ؟ وجهان : أحدهما : لا ؛ لحصول المقصود .

والثاني : نعم [7] ، كما إذا باع دَفعةً واحدةً بألفين مع القدرة على بيع واحد بألف . فإن قال : اشترِ العبدَ بمائة ولا تَشْتَرِه [8] بخمسين : لم يَشْتَرِ بالخمسين ولا بما فوق المائة ، ويَشْتَرِي بما بين (٩ الخمسين والمائة ٩) ، وهل يَشتري بما دون الخمسين ؟ وجهان [10] . ولو قال : اشترِ العبدَ بمائة ، فاشترى بمائةٍ وعشرةٍ ، لم يقع عن الموكِّل ،

---

(١) في (أ) : « الألف » .

(٢) أصح هذين الوجهين : أن الوكيلَ يتخير بين الشراء بعينه أو في الذمة ؛ لأن الاسم يتناولهما . انظر : روضة الطالبين : (٣٢٤/٤) .

(٣) في (أ) : « فباعه » .

(٤) في (أ) : « غرضًا في مسامحته » .

(٥) في (أ) : « بدون » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٣٣/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٣/٢) .

(٨) في (أ) : « تشترِ » .

(٩) في (أ) : « المائة والخمسين » .

(١٠) أصح هذين الوجهين : عدم الجواز ، كما في الروضة : (٣١٦/٤ ، ٣١٧) .

وقال ابن سريج : يقع [(١] ويَلتزم الوكيلُ [١)] من عنده عشرةً ، وهو باطلٌ بما لو بَاعَ العبدَ المأذونَ في بيعه بمائة ، بتسعين : فإنه لا يصح البيعُ ؛ اعتمادًا على ضمان العشرة .

[وقال الإمام : ما ذكره ابنُ سريج له وجه ، فإن من قال لغيره : بعْ دارَك من فلان ولك عليَّ عشرةٌ : جاز على أحد الوجهين ، فكذلك فعلُه يُنَزَّل على هذا ؛ إذ ليس يُرَدُّ عليه إذا قال : بع بمائة فباع بتسعين ؛ لأن الوكيلَ والموكلَ في التزامه المال بأن يبيع بتسعين] [(٢)] .

فإن قيل : فحيث خالف الوكيلُ ، ما حكْمُه ؟

قلنا : إن خالفَ في البيع : لبَطَلَ [(٣)] أصلًا ، وإن خالف في الشراء واشترى [(٤)] بعَين مالِ الموكل : أيضًا بطل ، وإن كان في الذمة : وقع عن الوكيل ، إلا إذا صرَّح بالإضافة إلى الموكل ، ففيه وجهان ؛ أحدهما : أنه يلغي إضافتَه [(٥)] .

والثاني : أنه يَبْطُلُ من أصله ؛ لأنه لا يحتمل كلامه مع التصريح بإضافته إليه ، بخلاف المطلق .

* * *

---

(١) في (أ) : « ويلزم الكل » .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « بطل » .

(٤) في (أ) : « فاشترى » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٧/٥) .

الحكم الثاني للوكالة : ثبوت حكم الأمانة للوكيل

حتى أن ما يَتْلَفُ في يده من المبيع والثمن والمشتري : لا يَضْمَنُه إذا لم يَتَعَدَّ ، فلو طُولب بالردِّ فامتنع : عَصَى وصار ضامنًا ، ولو انتفع بالمبيع : [(١] أيضًا صار ضامنًا [١)] ، فلو باع بعد التعدِّي : صح ولم يضمن الثمنَ وإن قَبَضَه ؛ لأنه لم يتعدَّ في عيبه [(٢)] .

ولو وُكِّل ببيعِ شيءٍ يساوي عشرةً ، فباع بتسعة : يجوز ؛ لأن هذا القَدْرَ يَتَغَابَنُ الناسُ بمثله ، والاحترازُ عنه عسيرٌ ، فلو باع بثمانيةٍ : لم يصح العَقْدُ ولا يضمن إذا لم يُسَلِّم ؛ لأنه هَذَيانٌ صَدَرَ منه ولم يتعلق بالعين ، فيصح بَيْعُه بعد ذلك بالعشرة ، فلو [(٣)] باع بثمانيةٍ وسلَّم : فقد تعدَّى ، [(٤] والموكِّلُ يَستردُّ [٤)] المبيعَ إن كان باقيًا ، وإن تَلِفَ في يد المشتري : ضمن المشتري عشرةً ، وله أن يطالب الوكيلَ أيضًا ، ولكن بكم يطالبه ؟ فيه ثلاثة أقوال ؛ أحدها : بالعشرة ، وهو الأظهر .

والثاني : بتسعةٍ ؛ إذ لو باع [(٥)] بتسعة وسَلَّم إليه لبَرِئَ عنه .

والثالث : أنه يُطالبه بدرهم ، والباقي يتعين المشتري وبمطالبته [(٦)] ؛ إذ كان تنقطع المطالبةُ بأن يبيع بتسعةٍ ، فإذا باع بثمانيةٍ فقد نَقَصَ درهمٌ . والصحيح هو الأول .

ثم كل ما ضمنه الوكيلُ يَرْجِعُ به على المشتري ؛ لأنه تَلِفَ في يد المشتري ، فالقرارُ عليه .

والوكيل في السَّلم إذ أبْرَأ المُسْلَمَ إليه عن المُسْلَم [(٧)] فيه ، ولم يعترف [(٨)] بكونه وكيلًا : نفذ الإبراءُ [(٩] ظاهرًا ولا ينفذ باطنًا [٩)] ، وضمن الوكيلُ للموكل إن قلنا : إن

---

(١) في (أ) : « صار أيضًا ضامنًا » .
(٢) في (أ) : « عينه » .
(٣) في (أ) : « ولو » .
(٤) في (أ) : « وللموكل استرداد » .
(٥) في (أ) : « باعه » .
(٦) في (أ) : « لمطالبته » .
(٧) في (أ) : « المستلف » .
(٨) في (أ) : « يعرف » .
(٩) في (أ) : « ظاهرًا لا باطنًا » .

الحيلولةَ بالقول سببُ الضمان ، ثم يضمن له قيمةَ رأسِ المال ، فإن الاعتياضَ عن المُسْلَم فيه قبل القبض لا يجوز ، بخلاف ما لو باع عينًا وأبرأ عن الثمن : فإنه يَضْمَنُ مبلغَ الثمن لا قيمة المبيع .

ومهما طُولب الوكيلُ أو المُودَعُ بالردِّ فكان في الحمَّام أو مشغولًا بالطعام : لم يَعْصِ بهذا القدر من التأخير ، وهو ظاهرٌ بالعرف ، ولكن قال الأصحاب : لو تلف في هذه المدة : ضمن ، وإنما جاز له التأخيرُ لغرضِ نَفْسِه بشرط سلامة العاقبة .

وهذا منقدِحٌ إذا كان التَّلَفُ بسبب التأخير ، وبعيدٌ إذا لم يكن التأخيرُ سببًا فيه .

* * *

الحكم الثالث : العُهْدَةُ والمطالَبَة

ولها ثلاثة مواضع :

الأول : في الشراء ، فالوكيلُ [1] بالشراء إن سَلَّم إليه الثمنَ كان مطالبًا بتسليم ما سَلَّم إليه ، وإن لم يُسَلِّمِ الموكِّلُ إليه شيئًا وأنكر البائعُ كونَه وكيلًا : فله مطالبته ، وإن اعترف بكونه وكيلًا ، فثلاثة أوجه ذكرها ابن سريج :

أحدها : أنه المطالَبُ ، فإنه العاقدُ .

والثاني : أنه لا يُطالِبُ إلا الموكِّلَ فإنه المتملكُ ، والوكيلُ سفيرٌ .

والثالث [2] : أنه يُطَالِبُ أيَّهما شاء ، ثم إن طالب الوكيلَ فالأصح : أنه يَرْجِعُ على الموكل .

وفيه وجه : أن قوله : اشْتَر لي . اقتراحُ هبةٍ ، فهو كقوله أدِّ دَيْني ، وفي الرجوع ثَمَّ خلافٌ .

الموضع الثاني : إذا خرج المبيعُ مستحقًّا وقد تلف الثمنُ في يد الوكيل ، فالمشتري يُطالِبُ مَنْ ؟ فيه الأوجه الثلاثة :

أحدها : الوكيل فقط ، فإنه تَلِفَ في يده .

والثاني : الموكل ، فإنه سفيرٌ من جهته .

والثالث [3] : يطالبهما جميعًا .

ثم قرارُ الضمان على مَنْ ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه على الوكيل ، إذا [4] تلف في يده ، فالموكل [5] / يرجع عليه . ٩٨/أ

(١) في (أ) : « والوكيل » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣١/٢) ، نهاية المحتاج : (٥٠/٥ ، ٥١) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٨/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣١/٢) ، نهاية المحتاج : (٥١/٥) .

(٤) في (أ) : « إذ » . (٥) في (أ) : « والموكل » .

والثاني [1] : على الموكل ؛ لأن الوكيلَ كان مأمورًا من جهته .

والثالث : لا يرجع أحدُهما على صاحبه ، بل كلُّ مَنْ طُولب استقرَّ عليه .

الموضع الثالث : الوكيل بشراء العبد إذا قبض العبْدَ المشترَى ، وتلف في يده وخرج مستحقًّا فالمستحقُّ يطالب البائعَ لا محالةَ ، وفي مطالبته للوكيل والموكل الأوجُه الثلاثة .

وكذا الخلافُ في القرار ، وتقريرُ الضمان على الموكل هاهنا أبعدُ ؛ لأنه لم يَسْبِقْ منه تغريرٌ ، بخلاف التوكيل في البيع .

* * *

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢٨/٤) .

الحكم الرابع للوكالة : الجواز

فهو جائزٌ من الجانبين ، وينعزل الوكيلُ بثلاثة أسباب :

الأول : عُزُولُ [١] الموكِّلِ إياه بمَشْهَدٍ منه ، وإن كان في غيبته ، فينعزل مهما بلغه الخَبَرُ ، وقيل : بلوغُ الخبر قولان :

المنصوص [٢] : أنه ينعزل ؛ لأنه لا يَفْتَقِرُ إلى رضاه ، فلا يفتقر إلى حضورِه وعلمه .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يُوثَقُ بتصرفه لتصور [٣] عزله دون معرفته ، فصار كالقاضي .

وفي القاضي وجه : أنه ينعزل في الغيبة ، وهو بعيد ، فإنَّ عَزْلَ القاضي بغير سبب لا يجوز ، وعَزْلَ الوكيل جائزٌ ، ولا خلاف في أن الموكِّلَ لو باع ما وَكَّلَ في بيعه ، أو أعتق : انعزل الوكيلُ ضِمْنًا .

فإن قلنا : يَنْفَذُ عَزْلُه في الغيبة فلْيُشْهِدِ الموكِّلُ عليه ؛ فإنه لا يُسْمَعُ مجرَّدُ قوله بعد تصرف الوكيل .

السبب الثاني : عزلُ الوكيلِ نَفْسَه وتعدِّيه في مال الوكالة : ليس رَدًّا للوكالة ، بل يبقى وكيلًا على الأصح [٤] ، وإن صار ضامنًا بإنكاره [٥] الوكالةَ هل يُجْعَلُ إنشاءً للرد ؟ فيه ثلاثه أوجه ، والأصح [٦] : - هو الثالث ، وهو - : أنه إن قال ذلك عن نسيانٍ

---

(١) في (أ) : « عزل » .

(٢) وهو الأظهر ، كما في الروضة : (٣٣٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥٣/٥) .

(٣) في (أ) : « لو تصور » .

(٤) قال في الروضة : « الثاني : إذا قال الوكيل : عزلت نفسي ، أو أخرجتها عن الوكالة أو رددتُها ، انعزل قطعًا ، وكذا قاله الأصحاب . وقال بعض المتأخرين : إن كانت صيغةُ الموكل : بعْ واعْتقْ ونحوهما من صيغ الأمر ، لم ينعزل بردِّ الوكالة ، وعَزْلِه نَفْسَه ؛ لأن ذلك إذنٌ وإباحة ، فأشبه مالو أباحه الطعام يرتد لا برد المباح له » . انظر : روضة الطالبين : (٣٣٠/٤) .

(٥) في (أ) : « وإنكاره » .

(٦) في (أ) : « الأصح » بدون الواو .

أو لغرض في إخفاء الوكالةِ ، فلا يكون عزلًا ، وإن أنكر مع العلم ، فهو رَدٌّ للوكالة من جهته .

الثالث : أن يَخْرُجَ الموكِّلُ بالجنون أو الموت عن أهليةِ التوكيل ، أو الوكيلُ عن أهلية التوكيل ، أو الوكيلُ عن أهلية الامتثالِ بالجنون والموت . والأصح : أنه لا ينعزل بالإغماء ، وينعزل بالجنون وإن قلَّ . وقيل [١] : لا ينعزل بهما . وقيل : ينعزل بهما جميعًا [٢] .

فلو [٣] وكَّل عَبْدَه ثم أعتقه ، أو باعه ، أو كاتَبَه ، ففي انعزاله ثلاثة أوجه [٤] :

أحدها : لا ؛ لعموم الإذْنِ وبقاءِ الأهلية .

والثاني : نعم ؛ لأن أمْرَه محمولٌ على الاستخدام ، وقد بَطَلَ محليةُ الاستخدام في حقه .

والثالث : [أنه] [٥] يُنْظَرُ إلى لفظه : فإن قال : وكَّلتك : بَقِيَ بعد زوالِ سلطنته ، وإن قال : بِعْ واشْتَرِ بصيغة الأمر : فهو محمولٌ على الاستخدام .

* * *

(١) في (أ) : « قيل : إنه » .

(٢) وهذا هو الأصح ، كما في الروضة على عكس ما رجحه الغزالي بأن الوكيلَ لا ينعزل بالإغماء .

انظر : روضة الطالبين : (٣٣٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٥٥/٥) .

(٣) في (أ) : « ولو » .

(٤) قال في الروضة : « الخامس : لو وكل عبدَه في بيعٍ أو تصرُّف آخر ، ثم أعتقه أو باعه ، ففي انعزاله أوجه ، ثالثها : أنه إن كانت الصيغةُ : وكلتك بقي الإذن . وإن كانت : بع ، أو نحوه ارتفع . والكتابة كالبيع ، وعبدُ غيره كعبده . وإذا حكمنا ببقاء الإذن في صورة البيع لزمه استئذان المشتري ؛ لأن منافعَه صارت له . فلو لم يستأذن نفذ تصرفه ؛ لبقاء الإذن وإن عصى ، قال الإمام : وفيه احتمال .

قلت : لم يصحِّح الرافعي شيئًا من الخلاف في انعزاله ، ولم يصححه الجمهور . وقد صحح صاحب « الحاوي » والجرجاني في المعاياة انعزاله . وقطع به الجرجاني في كتابه « التحرير » . » انظر : روضة الطالبين : (٣٣١/٤) .

(٥) زيادة من (أ) .

الباب الثالث : في تنازع الوكيل والموكِّل

وتنازعُهما [(١)] في ثلاثة مواضع :

الأول : التنازع [(٢)] في أصل الوكالة أو صِفَتِها

كقول الوكيل : وكَّلْتَني ، فقال : ما وكَّلْتُك . أو قال : وكَّلتني ببيع الكُلِّ ، فقال : بل بالبعض . أو قال : أَذِنْتَ لي في [(٣)] البيع [(٤)] بالنَّسِيئة ، فقال : بل بالنقد ، أو قال : أذِنْتَ في الشراء بعشرين ، فقال : بل بالعشرة [(٥)] . فالقولُ في جميع ذلك قولُ الموكِّل ؛ لأن الأصلَ عَدَمُه .

فرعان :

أحدهما : إذا باع الوكيلُ بالنسيئة وأنكر البائعُ [(٦)] الإذنَ في الأجَلِ : فإن كان المبيعُ قائمًا اسْتُرِدَّ والقولُ [(٧)] قوله . ولو أنكر المشتري كونَه وكيلًا : (٨ لم يُقْبَلْ قولُ الموكلِ عليه ، بل يُحلِّفه على أنه لا يَعْلَمُ كونَه وكيلًا ٨) من جهته ، فإذا حلف فللموكِّلِ مطالبةُ الوكيلِ بقيمة السلعة ، ثم إذا انقضى الأجَلُ فللوكيل أن يطالِبَ المشتريَ بالثمن (٩ ويأخُذَه بما غَرِمَه ٩) ، فإن زاد على ما غرمه فالزيادةُ لا يَدَّعِيها لنفسه ، ولا البائع ولا المشتري فماذا يصنع به ؟ وفي [(١٠)] مثله خلاف مشهور .

فإن كذَّب الوكيلُ نَفْسَه أيضًا وقال : صَدَقَ الموكلُ ، لم يكن له أن يطالب إلا بأقلِّ الأمرَيْنِ من الثمن أو القيمة ؛ ليَجْبُرَ حقَّ نفسِه مما [(١١)] غرم .

---

(١) في (أ) : « ونزاعهما » .

(٢) في (أ) : « النزاع » .

(٣) قوله : « في » : ليس في (ب) .

(٤) في (ب) : « بالبيع » .

(٥) في (أ) : « بعشرة » .

(٦) في (أ) : « الموكل » .

(٧) في (أ) : « إذ القول » .

(٨) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « ويأخذ ما غرمه » .

(١٠) الواو زيادة من (أ) .

(١١) في (أ) : « بما » .

الثاني : إذا اشترى جاريةً بعشرين ، فقال الموكل : ما أذِنْتُ إلا في عشرةٍ ، فالقولُ قولُه ، فإن كان اشترى بعَيْنِ مالِهِ : فهو باطلٌ ، وإن اشترى في الذمة واعترف البائعُ بالوَكالة : فكمثل ، فإن [1] أنكر الوكالةَ : لم يُقْبَلْ قولُه على البائع ، ويَغْرَم الوكيلُ للموكِّل مالَه مهما حلف على أنه لم يأذن ، وتبقى الجاريةُ في يد الوكيل فيتلطَّف [2] الحاكمُ بالموكل ويقول له : لا يَضُرُّك أن تقول للوكيل : بِعْتُك الجاريةَ بعشرين ؛ حتى تُسَلَّمَ لك العشرون [3] ، فإن قال ذلك حصل الغَرَضُ .

فإن [4] قال : إن كنْتُ قد أذِنْتُ لكِ ، فلو بعتك ، ففي هذه الصيغة وجهان : أصحهما – وهو ظاهر كلام المزني – [5] : الصحةُ ؛ لأن هذا [من] [6] مقتضى الشرع وإن لم يُصرِّح .

وإن أبى الموكلُ ذلك ، قال المزني : يبيع الوكيلُ الجاريةَ ويأخذ ما غَرِمَ من ثمنها .

وقال الإصطخري : وجهان :

أحدهما : ما قاله المزني ، والثاني : أنه يملك ظاهرًا وباطنًا ؛ بناءً على ما إذا ادَّعى على غيره : أنك اشتريْتَ داري فأنكر [7] وحلف ، فيُستحب للمشتري أن يقول : إن كنْتُ اشتريتُه [8] فقد فَسَخْتُ ، فإن [9] لم يقل [10] فالبائعُ على قولٍ : يبيع الدارَ ويأخذ ثمنَها ، وعلى قولٍ : يملكه [11] ويكون إنكارُه كإفلاسه فهو أحقُّ بعين ماله .

قال أبو إسحاق : لا يملك الجاريةَ قولًا واحدًا ، وهو الصحيح ، بخلاف مسألةِ

---

(1) في (أ) : « وإن » .
(2) في (أ) : « فليتلطف » .
(3) في (أ) : « العشرين » .
(4) في (أ) : « وإن » .
(5) انظر : مختصر المزني : (٣/٨) .
(6) زيادة من (أ) .
(7) في (أ) : « فأنكره » .
(8) في (أ) : « اشتريتها » .
(9) في (أ) : « وإن » .
(10) في (أ) : « تقل » .
(11) في (أ) : « يملكها » .

الدار ، (١ فإنْ تعذَّرَ الثمنُ ثَبَتَ الرجوعُ ١) إلى المبيع ، وهاهنا لا معاملةَ بين الوكيل والموكل ، فعلى هذا الوجه أن (٢) يقال : [قد] (٣) ظَفَرَ بغير جنس حقِّه (٤ فيأخذه بحقِّه ، ويُقْطَعُ بهذا القول هاهنا ؛ لأن مَنْ له الحقُّ لا يدعيه لنفسه ، بخلاف ما إذا ظفر بغير جنس حقِّه من مالِ مَنْ يدَّعي المالَ لنفسه ٤) .

* * *

(١) في (أ) : « فإنَّ تعذُّرَ الثمنِ سببٌ للرجوع » .

(٢) قوله : « أن » : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) العبارة التي بين القوسين موجودة في هامش الأصل ، ولكنها مطموسةٌ من التصوير ، فنقلتها من النسخة (أ) .

النزاع الثاني / : في التصرُّفِ المأذون فيه

٩٨ / ب

فإذا قال الوكيل : بِعْتُ ، أو أعْتَقْتُ أو اشتريت ، وأنكر الموكل [١] فقولان :

أحدهما : القولُ قولُ الوكيل ؛ لأنه مأذونٌ أمينٌ قادرٌ على الإنشاءِ وهو أعْرَفُ [٢] به

والثاني : [أن] [٣] القولَ قولُ الموكل [٤] ؛ إذ الأصلُ عَدَمُه ، وقوله : « بعت » إقرارٌ على الموكل فلا يلزمه . وكذا الخلافُ إذا وكَّله بقضاء الدين فقال : قضيت .

أما إذا ادَّعى الوكيلُ تَلَفَ المال في يده ، فالقولُ قوله ؛ لأنه أمينٌ ، فإقامةُ [٥] البينةِ عليه غيرُ ممكن .

ولو ادَّعى الردَّ على الموكل ، فكذلك القولُ [٦] قوله ؛ لأنه يَبْغِي دفعَ العهدة عن نفسه لا إلزامَ الموكلِ شيئًا ، وطرد المراوزةُ هذا [٧] في كلِّ يدٍ هي أمانةٌ في حقِّ مَنْ صَدَرَ منه إثباتُ اليد ، كيَدِ الرهن ، والإجارة ، والوكيل بالجُعْل ، وذكر العراقيون في كل ذلك وجهين .

هذا مع القطع بأن الوكيلَ لو مات فادَّعى وارثُه الردَّ : لم يُصَدَّقْ ؛ لأنه ليس مؤتمنًا من جهته ، وكذا الوليُّ والوصيُّ إذا ادَّعيا ردَّ المال [إلى الطفل بعد البلوغ] [٨] ، وفي الولي وجه : أنه يُصدَّق .

نعم ، أشهر الخلاف في أن ما صَرَفَه إلى نفقته في صِغَرِه هل يُطالب بالإشهاد عليه ، أم يُصدَّقُ بمجرد يمينه ؛ لأنَّ في إقامة البينة عليه نوعَ عُسْرٍ ؟

والملتقط ، ومن طَيَّر [٩] الرِّيحُ ثوبًا في [١٠] داره ، هؤلاء لا يُصدَّقُون في دعوى الردِّ

---

(١) في الأصل : « الوكيل » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « اعترف » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٣٤٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٥٩/٥ ، ٦٠) .

(٥) في (أ) : « وإقامة » .

(٦) هذه الكلمة مطموسة في الأصل فنقلتها من النسخة (أ) .

(٧) في (أ) : « ذلك » .

(٨) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « طيرت » .

(١٠) في (أ) : « إلى » .

بمجرد اليمين ، أما إذا ادَّعى الوكيلُ الردَّ على رسولِ [١] الموكل والمُودِع [١] ، فالظاهر : أنه لا يُصدَّق ، وفيه وجه : أن الرسولَ كالمرسل ، فيجب على الموكِّلِ التصديقُ ؛ لأنه أمينٌ .

فرع : مَنْ يُصدَّق في دعوى الردِّ ، فلو طولب بالردِّ هل له التأخيرُ بعُذْر الإشهاد ؟ وجهان :

أحدهما : لا [٢] ؛ لأنه مصدقٌ بيمينه ، والودائعُ تَخْفَى غالبًا .

والثاني : نعم ؛ لأنه يريد أن يتورَّعَ عن اليمين الصادقة .

وأما مَنْ عليه الدينُ [٣] فله أن [٤] يؤخِّرَ الإشهادَ [٤] إن كان دينُه ثابتًا ببينة ، وإن لم يكن :

قال العراقيون : هو كالوديعة ؛ إذ يمكنه أن يقول : لا يلزمني شيءٌ فيُصدَّقُ بيمينه مما [٥] ادُّعي عليه .

وقال المراوزة : له تكليفُ الإشهاد .

ولو قال لوكيله : لتَقْضِ [٦] ديني ، فلْيُشْهِدْ على القضاء ؛ ليكون مُرَاعِيًا للغبطة ، فإن لم يُشْهِدْ - وكان في غيبة الموكل - ضمن مهما أنكر المستحقُّ ، وإن كان في حضرة الموكل ، فوجهان [٧] .

وإذا [٨] قال : سلِّم وديعتي إلى وكيلي ، فإن سلَّم بحضرته ولم يشهد : لم يضمن ، وإن كان في غيبته فوجهان .

فإن قيل : فمن في يده المالُ أو عليه الحقُّ ، إذا اعترف لشخصٍ بأنه وكيلُ المستحق بالاستيفاء ، فهل يجب عليه التسليمُ دون الإشهاد ؟

---

(١) في (أ) : « المودع والموكل » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٤٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٦٣/٥) .

(٣) في (أ) : « دين » .

(٤) في (أ) : « يؤخره للإشهاد » .

(٥) في (أ) : « مهما » .

(٦) في (أ) : « اقضِ » .

(٧) أصحهما : أنه لا رجوع للموكل عليه ، كما في الروضة : (٣٤٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٦٢/٥) .

(٨) في (أ) : « فإذا » .

قلنا : يجوز التسليمُ ولا يجب ؛ لأن الموكلَ لو أنكر وكالتَه لم تحصل براءةُ مَنْ عليه الحقُّ .

وقال المزني [١] : يلزمه ؛ لأنه اعترف بكونه مستحقًّا للاستيفاء بالوكالة ، فصار [٢] كما لو كان في يده مالُ ميتٍ اعترف [٣] لشخصٍ بأنه وارثُه لا وراثَ له سواه : لا يطالبه [٤] بالإشهاد ، بل يجب [عليه] [٥] التسليمُ .

والفرق بينهما : أنه اعترف للوارث بالمِلك ، ولا [٦] يُتوقَّعُ من غير المالك دعوى يُعتدُّ به ، أما هاهنا فالإنكارُ من جهة الموكل المالك متوقعٌ .

نعم ، لو قال : لفلانٍ عليَّ ألفٌ من جهة حوالةٍ أحالها عليَّ رجلٌ آخر : ففيه وجهان [٧] :

أحدهما : أنه يجب التسليمُ دون إقامةِ حُجَّةٍ على الحَوالة ؛ لأنه اعترف بالاستحقاق ، بخلاف صورة الوَكالة .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يَجْعَلْه متأصلًا في الاستحقاق ، بل زَعَمَ أنه تحوَّل إليه من [٨] جهةِ مستحقٍّ ، فلعل المستحقَّ يُنْكِرُ .

* * *

---

(١) انظر : مختصر المزني : (٣/٩ ، ١٠) (١٤/٣ ، ١٥) ، روضة الطالبين : (٣٤٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٣٧) ، نهاية المحتاج : (٦٣/٥) .

(٢) قوله : « فصار » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فاعترف » .

(٤) في (أ) : « مطالب » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « إذ » .

(٧) قال في الروضة : « جاء رجلٌ وقال لمن عليه الدين : أحالني به مالكُه ، فصدَّقه . وقلنا : إذا صدق مدعي الوكالة لا يلزمه الدفع ، فهنا وجهان . أصحهما : يلزمه كالوارث . ولو كذبه ولم تكن بينة ، هل له تحليفه ؟ إن ألزمناه الدفع فنعم ، وإلا فكما سبق » . انظر : روضة الطالبين : (٣٤٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٦٣/٥ ، ٦٤) .

(٨) في (أ) : « عن » .

النزاع الثالث : في استيفاء الثمن

وقد [١] أطلق العراقيون فيه قولين ، كما في البيع والعتق .

والتفصيل فيه عند المراوزة : أنه إن ادَّعى الموكلُ الثمنَ على المشتري ، فقال الوكيل : قَبَضْتُ وتَلِفَ في يدي ، فلا يجب [٢] تصديقُه ؛ لأنه ليس يدعي على الوكيل شيئًا فلا [٣] يتعرَّضُ الوكيلُ لغُرْمٍ بسبب دعواه ، إلا إذا نَسَبَه إلى تسليم المبيعِ دون إذنه ، فالقول قوله ؛ حتى لا يتعرَّضَ للغرم ، فإن حَلَفَ فهل يَبْرَأُ المشتري بحَلِفِه ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه صُدِّق في استيفاء الثمن .

والثاني : لا ؛ لأن يمينَه حجةٌ دافعةٌ عنه ، لا يصلح لتبرئةِ ذمَّةِ المشتري .

أما إذا ادَّعى الموكلُ على الوكيل أنه قبض الثمنَ فأنكر الوكيلُ ، فالقول قوله ، فلو أقام الموكلُ بينةً على القبض ، فادَّعى الوكيلُ تَلَفًا أوردًّا قبل الجحود : لم يُصدَّق ؛ لأنه صار خائنًا بالجحود . فإن أقام بينةً فالأصح [٤] : أنه لا يُقْبَل [٥] ؛ لأن البينةَ تُبْتَنَى على الدعوى ، ودعواه مناقضةٌ لقوله الأول وجحودِه ، فلا يُسْمَع .

ولو [٦] أقام البينةَ [٧] على تلفٍ بعد الجحود : فكذلك على أحد الوجهين ، ولو أقام البينةَ على ردِّه [٨] بعد الجحود : قُبِل ؛ لأنه إذا ثبت كونُه غاصبًا [٩] فأقصى ما عليه أن يَرُدَّ ويُشهد ، فكيف تُكلِّفُه أمْرًا يَزِيدُ عليه ؟

* * *

---

(١) في (أ) : « فقد » .

(٢) في (أ) : « تجب » .

(٣) في (أ) : « ولا » .

(٤) والذي رجّحه في الروضة : أنه إن أقام بينةً ، فالأصح : أنه تسمع دعواه وبينته على عكس ما صحح الغزالي . انظر : روضة الطالبين : (٣٤٧/٤) .

(٥) في (أ) : « تقبل » .

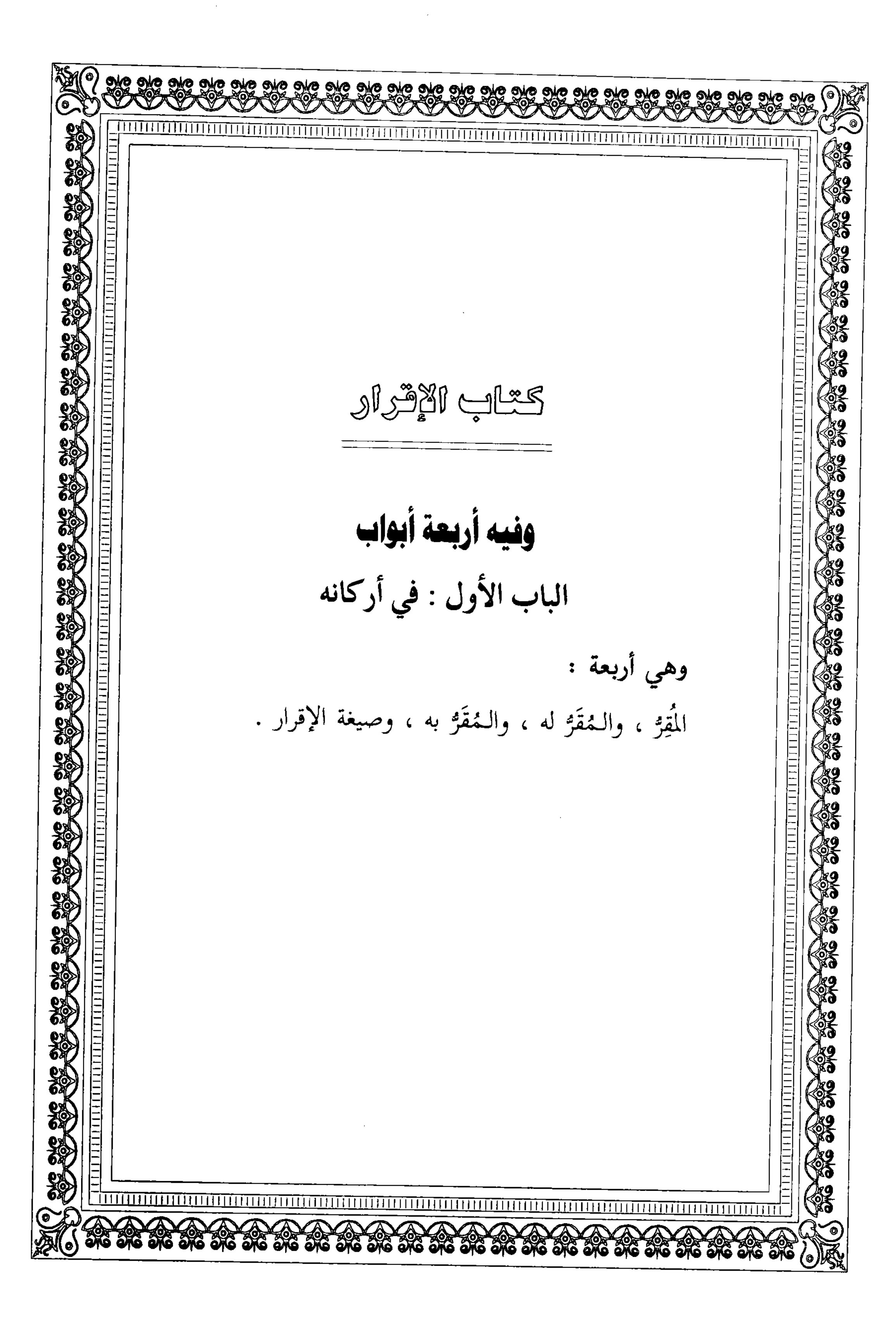
(٦) في (أ) : « فلو » .

(٧) في (أ) : « بينة » .

(٨) في (أ) : « ردٌّ » .

(٩) في (أ) : « غاصبًا » .





كتاب الإقرار

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول : في أركانه

وهي أربعة :

المُقِرُّ ، والمُقَرُّ له ، والمُقَرُّ به ، وصيغة الإقرار .



الركن الأول : المقِرّ

وهو ينقسم إلى [قسمين] (١) مطلَقٍ ، ومحجورٍ [عليه] (٢) :

ونعني بالمطلق : المكلَّف الذي لا حَجْرَ عليه . فيقبل إقرارُه على نفسه بكلِّ ما يُتصوَّرُ منه التزامُه (٣) له ؛ لقوله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ [وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ] (٤) ﴾ ، وقوله ﷺ : « قُولُوا الحقَّ ولو على أنفُسِكم » (٥) .

وأما المحجور [عليه] (٦) : / فأسبابُ الحَجْرِ ستةٌ : الصِّبا ، والجنون ، والتبذير ، والرِّقُّ ، والفَلَسُ ، والمرض . ٩٩/أ

أما الصبا والجنون : فيقتضيان حَجْرًا مطلقًا عن سائر الأقَارِيرِ ، نعم لو أقرَّ الصبيُّ بالتبذير والوصية ، قيل : إن جعلناه (٧ من أهلهما ٧) .ولو قال : بلغت بالاحتلام : صُدِّق ؛ لأنه لا يَقْدِرُ على إقامةِ بينةٍ ، ولم (٨) يُحَلَّفْ ؛ إذ لا فائدةَ في تحليفه ؛ فإنه إن كَذَبَ فالصبيُّ لا يأثَمُ بالحَلِفِ .

وإن قال : بلغت بالسِّنِّ : لم يُقْبَل ؛ لأن (٩ تاريخَ المواليد يُعْرَف ٩) ، إلا الصبيَّ

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « التزام » .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) أخرجه ابن حجر في التلخيص الحبير : (٥٢/٣) حديث رقم : (١٢٦٥) وقال : رويناه في جزء من حديث أبي على بن شاذان عن أبي عمرو بن السماك من حديث على بن الحسين بن علي عن جده علي ابن أبي طالب قال : ضممت إليّ سلاح النبي ﷺ فوجدت في قائم سيفه رقعةً فيها : « صِلْ من قَطَعَك ، وأحسنْ إلى من أساء إليك ، وقل الحقَّ ولو على نفسك » قال ابن الرفعة في المطلب : ليس فيه إلا الانقطاع إلا أنه يَقْوَى بالآية وفيما قال نظر ؛ لأن في إسناده الحسين بن زيد بن علي ، وقد ضعفه ابن المديني وغيره .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « أهلًا لهما » .

(٨) في (أ) : « ولا » .

(٩) في (أ) : « تواريخ المواليد تُعرف » .

المجهولَ الخامل ، ففيه [تردُّدٌ و] [1] احتمال ، ولعل الأظهر : الاعتمادُ على الإثبات في حقه ، كما فعلناه في صِبْيَان الكفار ؛ لأجْلِ الضرورة .

أما التبذير : فلا يُوجِبُ حجرًا عن الإقرار بموجباتِ العقوبات ؛ لأنه قادرٌ على التزامها . وإقرارُه بالأموال غيرُ مقبولٍ ، كما مضى في كتاب الحجر .

وفي إقراره بالإتلاف للمال خلافٌ ، ولا يُقْبَلُ إقرارُه بالنكاح ؛ لأنه لا يستفيد به ، وفيه التزامُ مالٍ ، ويُقِرُّ بالطلاق ؛ لأنه يَستقِلُّ به ، وكذا بالعفو عن القصاص وبالنَّسَب .

والسفيهة إذا أقَرَّتْ بالنكاح : ففيه تردد ، من حيث إنها بالسَّفَه ربما تَرِقُّ نفسها في غير موضع .

أما الفَلَسُ : فلا يُوجِبُ حَجْرًا إلا في الإقرار بما يُفَوِّتُ حقَّ الغرماء ، وفي إقراره بدَيْنٍ مستند إلى ما قبل الحجر أو بإتلافِ مالٍ في الحال ، إذا قلنا : إن المتلَفَ عليه يُضَارِبُ الغرماءَ لو ثبت إتلافُه [2] بالحجر ، فيه قولان [3] سبق ذكرهما في كتاب التفليس .

ثم ما يُرَدُّ من إقراره لحَقِّ الغرماء في الحال ، فالصحيح : أنه يُطالَبُ به [4] بعد فَكِّ الحجر لا محالةَ .

أما الرِّقُّ : فلا يُوجب حجرًا عن الإقرار بالعقوبات ؛ لأنه مُكَلَّفٌ قادرٌ على التزامها ، ولا نظرَ إلى إبطاله حقَّ السيد ؛ لأنه غيرُ مُتَّهَمٍ فيه .

وقال أبو يوسف ، ومحمد ، وزفر ، والمزني [5] - رحمهم الله - : لا يُقْبَل إقرارُه .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٢) في (أ) : « تلف »

(٣) أظهر هذين القولين : أنه يقبل إقراره في حقِّ الغرماء كما لو ثبت بالبينة . انظر : روضة الطالبين : (١٣٢/٤) .

(٤) هكذا في نسخة (أ) ، وفي النسخة الأصلية : « يطالبه » .

(٥) انظر : مختصر المزني : (١٦/٣) ، روضة الطالبين : (٣٥٠/٤) ، مغني المحتاج : (٢٣٩/٢) .

نعم ، اختلف قول الشافعي [1] - رضي الله عنه - أنه لو أقَرَّ [بسرقة - فقطعت يده -] [2] فإنه غيرُ متهم ، [فهل يتعلَّقُ المسروقُ برقبته ؟ على قولين : أحدهما : لا ؛ لأنه يَرْجِعُ إلى المال . والثاني : بلى] [3] .

وأما إقرارُه بإتلاف مالٍ يُوجِبُ التعلُّقَ برقبته ، ولا يُوجب عقوبةً : فهو مردودٌ إن لم يُصدِّقِ السيدُ ، ثم الصحيح [4] : أنه يُطالَبُ به [5] بعد العتق .

أما إقراره بدين المعاملة : فلا يُقبَلُ في حق سيده إلا إذا كان مأذونًا في التصرف ، فيتعلَّقُ ما أقَرَّ به بماله .

وإن أقر المأذونُ بمالٍ مطلقٍ ، فالظاهر : أنه لا يُقْبَلُ إذا لم يُسْنِدْه إلى المعاملة ، ومنهم من نزَّل المطلقَ على المعاملة .

ثم لو حَجَرَ [6] السيدُ عليه [6] فأقر بأنه كان لَزِمَه دينٌ قبل الحجر ، فالظاهر : أنه لا يُقبل ؛ لأنه لا يَقْدِرُ على الإنشاء في هذه الحالة .

وحكى [7] الشيخ أبو محمد وجهًا : أنه يُقبَلُ ، فإنه لا يُؤْمَنُ أن يَحْجُرَ السيدُ عليه لمّا عَرَفَ إحاطةَ الديون به ، وهذا يعارضه أنه لا يؤمن أن يَكْذِبَ العبدُ على سيده مهما حَجَرَ عليه أبَدَ الدهر .

---

(١) قال في الروضة : « وإذا أقر بسرقة توجب القطعَ ، قُبل في القطع . وأما المال ، فإن كان تالفًا ، فقولان : أحدهما : يُقْبَلَ ويَتعلَّق الضمانُ برقبته . وأظهرهما : لا يقبل ويتعلق الضمانُ بذمته ، إلا أن يُصدِّقه السيدُ فيُقْبَل » . انظر : الأم : (٢٠٨/٣) ، روضة الطالبين : (٣٥١/٤) .

(٢) ، (٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٤) الذي رجحه في الروضة أن الأظهر : ألّا يطالب به بعد العتق . انظر : الروضة : (٣٥١/٤) .

(٥) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « عليه السيد » .

(٧) في (أ) : « وخلى » ، وهو خطأ .

أما المرض : فلا يُوجِبُ الحَجَرَ عن الإقرار في حقِّ الأجانب بالإجماع ، وفي حق الوارث قال الشافعي - رضي الله عنه - : مَنْ أجاز (١ إقرارَ الوارث ١) : أجازه ، ومن أبَى : ردَّه .

فمن الأصحاب من قال : هذا ترديدُ قولٍ من الشافعي - رضي الله عنه - ، ففي المسألة قولان (٢) .

ومنهم من قطع بالصحة - وهو الصحيح - خلافاً لأبي حنيفة (٣) ؛ لأنه لا مأخَذَ للرَّدِّ إلا التُّهْمَة ، وحالةُ (٤) المرضِ حالةُ (٥) انتفاءِ التُّهَمِ ، كيف ولو تَبَنَّى ولدًا وحَرَمَ به ابنَ عمِّه المكاشحَ لقُبِلَ ، وكلام (٦) الشافعي - رضي الله عنه - محمولٌ على حكاية مذهبِ الغَيْرِ .

ثم إن قلنا : إنه مردودٌ ، فلو أقرَّ لأخيه وله ابْنٌ ، ثم مات ولا ابْنَ له ، (٧ أو أقر ولا ابْنَ له ٧) ثم وُلِدَ له ابْنٌ ، فالاعتبارُ بحال (٨) الإقرار (٩) ، أو بحال الموت (١٠) ؟ فيه خلاف مشهور .

---

(١) في (أ) : « الإقرار للوارث » .

(٢) قال في الروضة : « وفي إقراره للوارث بالمال ، طريقان : أحدهما : يقبل قطعًا .

وأصحهما عند الجمهور : على قولين ، أظهرهما : القبول .

واختار الروياني مذهب مالك - رضي الله عنه - وهو : أنه إن كان متهمًا ، لم يقبل إقراره ، وإلا فيقبل ، ويجتهد الحاكم في ذلك » . انظر : روضة الطالبين : (٣٥٣/٤) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن إقرارَ المريض بالمال لأحد ورثته صحيح .

ومذهب الحنفية : أن إقرار المريض لوارثه بالمال باطلٌ إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة ، فيصح الإقرارُ .
انظر : مختصر المزني : (١٣/٣-١٤) ، الروضة : (٣٥٣/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٦٩/٥) .
مختصر الطحاوي : (١١٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٣٧/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٣٥/٢) .

(٤) في (أ) : « حال » .

(٥) في (أ) : « حال » .

(٦) في (أ) : « فكلام » .

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « بالة » .

(٩) في (ب) : « العقد » .

(١٠) وهذا هو القول الأظهر ، وهو القول الجديد ، كما في الروضة : (٣٥٣/٤) .

فروع ثلاثة :

أحدها : لو أَقَرَّ في المرض بأنه وُهِبَ من الوارث قبل المرض وسلَّم [١] :

فمنهم من قال : لا يُقبل قولًا واحدًا ؛ لأنه أقرَّ [٢] بما لا يَقْدِرُ على إنشائه في الحال .

واختيار [٣] القاضي : أنه يقبل ؛ لأنه لو ثبت صِدْقُه لنفذ ، فليكن له طريقٌ إلى الخلاص بالصدق على نفسه .

الثاني : لو أقر بعَيْنٍ ما [٤] في يده لغيره ، ثم أقر بدَيْنٍ : فالإقرار بالعين مُقَدَّمٌ ؛ لأنه أقرَّ بالدين ولا مالَ له . ولو قُدِّم الإقرارُ بالدين ، فوجهان :

أحدهما : تقديمُ العين [٥] ؛ لأنه مات ولا مالَ [له] [٦] والإقرارُ بالدين لم يَحْجُرْ عليه في ماله [في حال حياته] [٧] ، ولذلك كان يَنْفُذُ تصرفاتُه فيه .

والثاني : أنهما يتزاحمان على التساوي ؛ إذ لأحدهما قوةُ التقدم وللآخر قوةُ الإضافة إلى العين .

وكذلك [٨] لو أقر في حياته بدَيْنٍ مستغرقٍ ، وأقر وارثُه عليه بعد موته بدين آخر ،

---

(١) قال في الروضة : « لو أقر في مرضه أنه كان وهب وارثه ، وأقبضه في الصحة : أشار الإمام إلى طريقين :

أحدهما : القطع بالمنع ؛ لأنه عاجزٌ عن إنشائه . والثاني : أنه على القولين في الإقرار للوارث .

ورجح الغزالي : المنع ، واختار القاضي حسين القبول . قلت : القبول أرجح . والله أعلم » .

انظر : روضة الطالبين : (٣٥٣/٤ ، ٣٥٤) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « إقرار » .

(٣) في (أ) : « واختار » .

(٤) في (أ) : « مما » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٥٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٧١/٥) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « ولذلك » .

فقولان (١) :

أحدهما : يَسْتَبِدُّ الأولُ ، وإقرارُ الوارث إقرارٌ بعد الحَجْرِ ، وهذا يَقْرُبُ من القولين في إقرار المفلس .

وكذا الخلاف فيما يتجدَّدُ من دَيْنٍ بعد موته ، بتَرَدِّي (٢) إنسانٍ في بئرٍ حَفَرَه في حياته ، أنه هل يقتضي مضاربةَ ما ثبت في الحياة من الديون ؟ فكذا (٣) الخلافُ في الوارث إذا أقر بإقرارين متواليين أن اللاحقَ هل يُزَاحِمُ السابقَ ؟

الثالث : إذا (٤) ادَّعى إنسانٌ أنه أوصى له بالثلث ، وآخرُ أنه أقرَّ له بألفٍ ، والميراثُ ألفٌ ، فصدَّقهما الوارث :

قال الصيدلاني : يُصْرَفُ إلى الدين (٥) ؛ لأن قولَه كقول المورث .

وقال أكثر الأصحاب : إن أقر بالوصية / أولًا يُسَلَّم للموصَى له الثلثُ ، والباقي ٩٩/ب للدين . وإن جاءا معًا قُسِمَ الألفُ بينهما على نسبةِ الأرباح ، [كما] (٦) إذا أقر لواحد بالألف (٧) ولآخرَ بثلثِ الألف .

* * *

(١) قال في الروضة : « ولو أقر في صحته أو مرضه بدين ، ثم مات فأقر ورثته عليه بدين لآخر ، فوجهان :

أصحهما : يتساويان فيتضاربان في التركة ؛ لأن الوارثَ يقوم مقامه ، فصار كمن أقر بدَيْنَيْنِ .

والثاني : يقدم ما أقر به المورِّث ، لأنه بالموت تعلق بالتركة .

ويجري الوجهان فيما لو ثبت الأولُ ببينة ثم أقر وارثُه ، وفيما لو أقر الوارث بدين على الميت ، ثم أقر الآخر بدينٍ آخر ، وسواء كان الدينُ الأول مستغرقًا للتركة ، أم لا . ولو ثبت عليه دينٌ في حياته أو موته ، ثم تردَّتْ بهيمةٌ في بئر كان حفرها بمحلِّ عدوان ، ففي مزاحمة صاحب البهيمة - رب الدين القديم - الخلافُ السابق فيما إذا جنى المفلسُ بعد الحَجْر عليه ، قاله في « التتمة » » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ٣٥٤) ، مغني المحتاج : (٢/٢٤٠) .

(٢) في (أ) : « من تردِّي » .

(٣) في (أ) : « وكذا » .

(٤) قوله : « إذا » : ليس في (أ) .

(٥) وقول الصيدلاني هذا هو الصواب ، كما في الروضة : (٤/٣٥٤ ، ٣٥٥) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « بألف » .

الركن الثاني : المقَرُّ له

وله شرطان :

الأول : أن يكون محلًّا للاستحقاق . فلو قال : لهذا الحِمَارِ عليَّ ألفٌ : بطل إقرارُه ، ولو قال : بسَبَبِه عليَّ ألفٌ : جُعِلَ إقرارًا لمالكه ، كأنه استأجر [١] منه .

ولو قال : لهذا العبدِ عليَّ ألفٌ : فهو إقرارٌ لسيده .

ولو قال : للحَمْلِ الذي في بطن فلانةٍ عليَّ ألفٌ عن جهةِ وصيةٍ له ، أو عن إرثٍ له : صح ، فإنه مقصور ، وإن [٢] أطلق ولم يذكر السببَ ، فظاهر النص : أنه لا يُقبَلُ ؛ لأنه يَبْعُدُ الاستحقاقُ للحمل فيُحْمَلُ على الوعد .

والقول الثاني - وهو الأقيس ، ومذهب أبي حنيفة - [٣] - رحمه الله - : أنه يصح ، ويُنَزَّلُ على ما يمكن .

ولو أضافه إلى جهةِ معاملةٍ ، وقلنا : لا يُقْبَل المطلقُ ، فهذا أولى ، وإن قبلنا المطلقَ فهذا كقوله : لفلانٍ عليَّ ألفٌ من [ثمن] [٤] الخمر ، وسيأتي .

وقيل : إن هذا هَزْلٌ مَحْضٌ ، فلا يقبل قولًا واحدًا .

فرعان :

أحدهما : لو خرج الحملُ ميتًا طُولب بتفسير إقراره ، حتى إن كان وصيةً رُدَّ إلى ورثة الموصَى ، وإن كان إرْثًا صُرِف إلى بقية ورثةِ المورِّثِ ، وهذه مطالبةٌ ليس يتعين مستحقُّها ؛ إذ لا يُدْرَى أنها لمن هي ؟ فلعل للقاضي ذلك بطريق الحِسبة .

(١) في (أ) : « استأجره » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه إن أطلق الإقرارَ للحمل ولم يذكر السببَ ، فالقول الأظهر : أنه يصح ويُحمل على الجهة الممكنة في حقه . وهو مذهب الحنفية : انظر : الروضة : (٣٥٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤١/٢ ، ٢٤٢) ، نهاية المحتاج : (٧٤/٥) .

(٤) زيادة من (أ) .

وإن خرج حيًّا وزاد على واحدٍ ، سُوِّي في الوصية بين الذَّكَرِ والأنثى ، وفُضِّل في الميراث الذكرُ على الأنثى .

الثاني : لو انفصل لما دون ستةِ أشهرٍ من وقت الإقرار : فهو له ، ولو انفصل لما فوق أربع سنين : فلا يُصْرَفُ إليه ، ولو كان [لما] [١] بينهما ، فقولان : أظهرهما الصَّرْفُ ؛ اعتمادًا على الظاهر .

الشرط الثاني : أن لا يُكَذِّبَ المُقَرُّ له : فإن كَذَّبَ لم يكن تسليمُ المال إليه ، فيُقَرَّرُ [٢] في يد المقر ، أو يأخذه القاضي على رأي . فإن رجع المُقَرُّ له : يُسَلَّم [٣] إليه ، وإن رجع المقِرُّ : لم يؤثِّر ؛ لأنه ثبت بإقراره استحقاقُ القاضي أو المُقَرِّ له .

وقيل : إنا [٤] إذا قلنا : يُقرَّرُ [٥] في يده ، فرجوعُه مقبولٌ بشرط أن لا يرجع المُقَرُّ له بعده ، فإن رجع تَبَيَّنَّا بطلانَ رجوعه وبطلانَ تصرفاته .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « فيَقِرُّ » .

(٣) في (أ) : « سُلِّم » .

(٤) قوله : « إنا » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « يَقِرُّ » .

الركن الثالث : المُقَرُّ به

وشرطه : أن يكون مما يُسْتَحَقُّ جنسُه ، وأن يكون في يد المقِرِّ وولايتِه وتختص به ، ولا يُشترط كونُه معلومًا .

ولو أقر بما في يد غَيْرِه فهو دعوى أو [١] شهادةٌ ، وليس بإقرار .

ولا يُشترط أن يكون في ملكه ؛ لأن الإقرارَ ليس بمُزِيلٍ ، بل شرطه أن لا يكون في ملكه ، حتى لو شهد بأنه أقرَّ وكان ملكَه إلى أن أقر : بطلت الشهادة .

ولو قال : هذه الدارُ مِلْكي ، وهي الآن لفلان : فهو إقرارٌ باطلٌ .

ولو قال : هذه الدارُ لفلان ، وكانت ملكي إلى الإقرار ، أخذناه بصَدْرِ كلامه وألْغَيْنا آخرَه المناقضَ له .

ولو قال : داري لفلان ، أو مالي [لفلان] [٢] فهو باطلٌ ، [٣] نَصَّ عليه الشافعي [٣] - رضي الله عنه - [٤] . ولم يحمل على أن قوله : داري ، أراد به [٥] إضافةَ السكون [٦] أو المعرفة ، وإن كان لذلك اتجاه .

فرع :

لو [٧] شهد بحريةِ عبدٍ في يد غيره ، فلم تُقْبَلْ شهادتُه ، فأَقْبَلَ [٨] على شرائه :

---

(١) قوله : « أو » : ليس في (أ) .　　(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « نصّ الشافعي عليه » .

(٤) قال في الروضة : « فلو قال : داري هذه ، أو ثوبي الذي أملكه لزيد ، فهو متناقضٌ ، وهو محمولٌ على الوعد بالهبة ، ولو قال : مسكني هذا لزيد ، كان إقرارًا ؛ لأنه قد يسكن مِلكَ غيره . ولو شهدت بينةٌ أن الدارَ الفلانية أقر زيدٌ بأنها ملكُ عمرو ، وكانت ملكَ زيد إلى أن أقر ، كانت الشهادةُ باطلةً ، نص عليه » . انظر : روضة الطالبين : (٣٦٠/٤) .

(٥) قوله : « به » : ليس في (أ) .　　(٦) في (أ) : « السكنى » .

(٧) قوله : « لو » : ليس في (أ) .　　(٨) في (أ) : « فأقدم » .

صَحَّت المعاملة ، وفي حقيقتها ثلاثةُ أوجه : أحدها : أنه شراءٌ . والآخر : أنه فِدَاء . والثالث : أنه بيعٌ من جانب البائع ، فداءٌ [(١)] من جانب المشتري ، وهو الأسَدُّ [(٢)] ، [(٣)]ويُبتنى عليه [٣)] ثبوتُ الخيار لهما جميعًا .

والأصح : أن لا يثبت للمشتري ؛ لأنه ليس يثبت له ملكٌ فيه بموجب قوله : لا ، كشراء القريب ، فإن الأودنيَّ ذَكَر : أنه يثبت الخيارُ للمشتري ، لأنه يملك أولًا ثم يُعْتَقُ عليه .

أما العبدُ إذا اشترى نَفْسَه فلا خيارَ له ولا لبائعِه منه قطعًا ؛ لأنه عقدُ عَبَاقَةٍ [(٤)] ، فهو كقوله : أنت حرٌّ على مالي .

---

(١) في (أ) : « فِدى » .

(٢) قال في الروضة : « ولو أقرَّ بحريةِ عبدٍ في يد رجل ، أو شهد بحريته ، فلم تُقْبَلْ شهادتُه ثم اشتراه ، صح ؛ تنزيلًا للعقد على قول من صدَّقه الشرعُ ، وهو البائع ، ويُحْكَم بحريته ، وترفع يدُه عنه . ثم الإقرارُ صيغتان : إحداهما : أن يقول : إنك أعتقته ، وتسترقه ظلمًا ، قال الأصحاب : فيكون هذا العقدُ من جانب البائع بيعًا قطعًا ، وفي جانب المشتري وجهان : أحدهما : شراء . وأصحهما : افتداء ؛ لاعترافه بحريته .

وحكى الإمام والغزالي ، فيه ثلاثة أوجه : أصحها : بيعٌ من البائع ، وافتداءٌ من المقر . والثاني : بيع منهما . والثالث : فداء منهما .

وهذا الثالث فاسدٌ في جهة البائع . وكيف يصح أخْذُه المالَ ليفدي من يسترقه ؟ ! ولو قيل : فيه المعنيان ، وأيهما أغلب ؟ فيه الخلاف ، لكان قريبًا ، والمعتمدُ ما ذكرنا عن الأصحاب » . انظر : روضة الطالبين : (٣٦٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٦/٢) .

(٣) في (أ) : « وعليه يبتني » .

(٤) في نسخة (أ) : « عَتَاقة » .

ونقل الربيع قولًا : أن هذه المعاملةَ لا تصح من [1] السيد وعبده ، وهو بعيد .

وإن [2] شهد أنه غَصَبَه من فلانٍ ثم اشتراه : لم يصح [الشراءُ] [3] ، إن صحَّحْنا [4] بطريق الفداء ؛ إذ ليس فيه تخليصُ العبد ، ثم الولاءُ في المشهود بحريته موقوفٌ لا للبائع ولا للمشتري ، فلو مات العبد :

قال المزني [5] : له أن يأخُذَ من ماله مقدارَ الثمن الذي بَذَلَه ؛ لأنه إن كَذَبَ في الشهادة فالمالُ إكسابُ عبده ؛ فجميعها له ، وإن صدق فهو للبائع بحكم الولاء ، وقد ظلمه بأخذ الثمن منه ، وقد ظَفَرَ بماله فيأخذه [6] .

ومن الأصحاب من خالفهم ؛ لأنه يأخذه على تقديرِ أنه مظلومٌ ، وهو غيرُ مصدَّقٍ في الجهة [7] . وما ذكره المزني أَقْوَمُ .

* * *

---

(١) في (أ) : « بين » .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « صححناه » .

(٥) انظر : مختصر المزني : (١٩/٣ ، ٢٠) ، روضة الطالبين : (٣٦٣/٤) .

(٦) في (أ) : « وأخذه » .

(٧) في (أ) : « الحرية » .

الركن الرابع : صيغة الإقرار

فإذا قال : عليَّ لفلان ، أو عندي لفلان ألفٌ [1] : فكلُّ ذلك التزامٌ ، فلو قال المدعي : لي عليك ألفٌ ، فقال : (2 زِنْ ، أو زِنْه 2) ، أو خُذْ ، أو خُذْه : لم يكن إقرارًا .

وقال صاحب التلخيص : قوله : « زنه » إقرارٌ دون قول : « زن » ، وهو بعيد .

ولو قال : بلى ، أو أجَلْ ، أو نعم ، أو صَدَقْتَ : فكلُّ ذلك إقرارٌ .

ولو قال : أنا مقِرٌّ به : (3 فهو إقرار ، ولو قال : أنا مقر ، ولم يقل : « به » فلا ؛ لأنه ربما يكون مقِرًّا ببطلان قوله ، ولو قال : أنا أقِرُّ به 3) : قال الأصحاب : هو [4] إقرارٌ (5 .

قال القاضي 5) : صيغةٌ للوعد [6] بالإقرار ، فليس بإقرار ، بخلاف قول الشاهد : « أشْهَدُ » ، فإنه صنيعةٌ تُعْتَدُّ [7] بها ، ودَلَّت القرينةُ على أنه للحال لا للوعد .

ومنهم من [8] / قال : وإن سَلِمَ أنه وعدٌ ، فالوعدُ بالإقرار إقرارٌ . ١٠٠/أ

فرع :

لو قال : أليس لي عليك ألفٌ ؟ فقال : بلى ، فهو إقرار ، ولو قال : نعم [9] ، فليس

---

(١) كلمة : « ألف » : ليست في (أ) .

(٢) في (ب) : « زنه أو زن » .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « فهو » .

(٥) انظر : روضة الطالبين (٣٦٦/٤) .

(٦) في (أ) : « صيغة الوعد » .

(٧) في (أ) : « يعتد » .

(٨) قوله : « من » : مكرر في الأصل .

(٩) قال في الروضة : « إذا قال : أليس لي عليك ألفٌ ؟ فقال : بلى ، كان إقرارًا . وإن قال : نعم ، فوجهان . وقطع البغوي وغيره بأنه ليس بإقرار كما هو مقتضاه في اللغة . وقطع الشيخ أبو محمد والمتولي ، بأنه إقرار ، وصححه الإمام الغزالي ؛ لأن الإقرارَ يحمل على مفهوم أهل العرف ، لا على دقائقَ عربيةٍ . قلْتُ : هذا الثاني هو الأصح ، وصححه الرافعي في « المحرر » . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٣٦٧/٤) .

بإقرارٍ ، معناه : نعم [1] ليس لك علي ألف . وقال الشيخ أبو محمد : لا فَرْقَ بينهما ، فإن استعمالَهما [2] في وَضْعِ اللسان على وجهٍ واحدٍ شائع .

ولو قال : أعطني عبدي هذا ، أو اشْتَرِ مِنِّي عبدي هذا ، فقال : نعم ، فهو إقرارٌ بالعبد .

ولو قال : لي عليك ألفٌ ، فقال : لعلَّ ، أو عسى ، أو أَظُنُّ ، أو أقْدِرُ : لم يكن إقرارًا ؛ لأن كلَّ ذلك للشَّكِّ .

* * *

(١) قوله : « نعم » : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « استعمالها » .

الباب الثاني : في الأقارير المُجْمَلَة

وألفاظُها كثيرةٌ ، والذي يُقْصَدُ بيانُه عشرةُ ألفاظٍ :

اللفظ الأول : الشيء .

فإذا قال : لفلان عليَّ شيءٌ : فيُقْبَلُ (١) تفسيرُه بكلِّ ما ينطلِقُ عليه اسمُ الشيءِ مما هو مالٌ .

فلو فَسَّر بما لا يُتموَّلُ ويُتصوَّرُ المطالبةُ به ، كجِلْدِ الميتة ، والسِّرْجِين (٢) ، والكلب المُعَلَّم : فوجهان : أحدهما : لا [يُقْبَلُ] (٣) ؛ لأنه ليس بمال .

والثاني : نعم (٤) ؛ لأنه شيءٌ وهو عليه ؛ إذ فيه اختصاصُه (٥) للمالك ويَجِبُ رَدُّه (٦) .

فإن فسَّره بخَمْرٍ (٧) وخنزيرٍ ، فالظاهر (٨) : أنه لا يُقْبَلُ ؛ إذ لا يَلْزَمُ به مطالبتُه ، وفيه وجه : أنه يقبل .

ولو فسَّر (٩) بحَبَّةِ حِنْطةٍ ، أو سِمْسِمٍ (١٠) ، [أو فَصَّةِ ثومةٍ] (١١) : فوجهان ، وظاهرُ النصِّ : أنه مقبولٌ ؛ لأنه شيء وهو واجبُ الردِّ .

---

(١) في (أ) : « يقبل » .

(٢) هكذا في نسخة (ب) ، وفي (أ) والأصل : « السرقين » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بلى » .

(٥) في (أ) : « اختصاص » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٧١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٨٦) .

(٧) في (أ) : « أو » .

(٨) قال في الروضة : « فلا يقبل تفسيره به على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٣٧١/٤) ، نهاية المحتاج : (٨٧/٥) .

(٩) في (أ) : « فسره » .

(١٠) في (أ) : « سمسمة » .

(١١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

ومنهم من قال : لا [يقبل] (١) ، وبَنُوا عليه أنه لا يُسْمَعُ (٢) الدعوى بها ، ولا المطالبةُ بردِّها ، وهو بعيد .

أما إذا فسَّره بردِّ جوابِ سلامٍ ، وعيادةِ مريضٍ : فلا يقبل بحال .

فإن قيل : لِمَ صح الإقرارُ المُجْمَلُ (٣ دون الدعوى المجملة ٣) ؟

قلنا : لا فَرْقَ [بينهما] (٤) ؛ إذ يُطالَبُ المدعي ببيان الدعوى ، ويطالب المقِرُّ أيضًا

نعم . لو امتنع المدعي من البيان فهو تاركٌ حقَّ نفسِه ، ولو امتنع المقرُّ من البيان ففيه ثلاثة أوجه : أحدها (٥) : أنه يُحْبَسُ إلى البيان ، كمن أسْلَمَ على عشرِ نسوة .

والثاني : أنه يُجْعَلُ ناكلًا عن الجواب واليمينِ ، حتى يَحْلِفَ المقَرُّ له ويستفيد بإقراره تحوُّلَ اليمين إليه فيَحْلِفُ على ما يدَّعيه .

والثالث : (٦ أنه يقال ٦) للمدعي : أتدَّعي ما شئت ، وتُعرَضُ اليمينُ عليه [فيَحْلِفُ على ما يدَّعيه] (٧) ، فإن نَكَلَ رُدَّتْ عليك ، وهذا إبطالٌ لفائدة التفسير (٨) .

ثم لو فسر المقَر بدرهمٍ - مثلًا - فقال المدعي : بل أردْتُ بالشيء عشرةً ، فالأصح : أن دعوى الإرادة لا تُقْبَل .

وكذا لو ادَّعى : أن فلانًا أقرَّ لي بعشرةِ دراهمَ ، لم يُسْمَع (٩) ، بل يقال : ينبغي أن

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « لا تسمع » .
(٣) في (أ) : « دون دعوى المجمل » ، وفي (ب) : « دون المجمل » .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٧٢/٤ ، ٣٧٣) ، مغني المحتاج : (٢٥٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٨/٥) .
(٦) قوله : « أنه يقال » : ليس في (أ) .
(٧) ما بين المعوقفتين زيادة من (ب) .
(٨) في (أ) : « الإقرار » .
(٩) في (أ) : « لم تسمع » .

تدعي عشرةً حتى تحلف على عين الحق ، لا على إقرار يَحْتمل الصدقَ والكذبَ ، بخلاف الشاهد يشهد على الإقرار ، فيُسمع ؛ لأنه قد لا يطَّلع على حقيقة الملك .

[اللفظ] (١) الثاني :

إذا قال : غَصَبْتُ فلانًا (٢ على شيءٍ ٢) ، ثم قال : غصبت نفسه : لم يقبل .

ولو قال : غَصَبْتُه (٣) الخمرَ أو الخنزيرَ ، قال الشافعي - رضي الله عنه - (٤) : قَبِلْتُ التفسيرَ ، وأرَقْتُ الخمرَ ، وقتلت الخنزيرَ .

ولو قال : له عندي شيءٌ ، قال الأصحاب : هو كما لو قال : غَصَبْتُ .

وقال الشيخ أبو محمد : قوله : « له » إثباتُ ملكٍ ، فلا يُقْبَلُ تفسيرُه بالخمر والخنزير .

اللفظ الثالث : المال .

فإذا قال [له] (٥) : عليّ مالٌ : قُبل تفسيرُه بأقلِّ ما يتموَّلُ ، ولم يقبل [تفسيرُه] (٦) بالكَلْبِ والسِّرْجِين [والخنزير] (٧) وما لا يتمول ، ولو فسر بمستولدةٍ ، فالأظهر (٨) : أنه يقبل ؛ لأنه مالٌ .

ولو قال : مال عظيم أو كبير : فهو كالمال ، [و] (٩) لا تأثيرَ لهذه الزيادة فكلٌّ

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « شيئًا » .

(٣) في (أ) : « غصبت منه » .

(٤) انظر : الأم : (٢١٥/٣) ، روضة الطالبين : (٣٧٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٨٧/٥) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « وفي قبول التفسير بالمستولدة وجهان ، أصحهما : القبول » . انظر : روضة الطالبين : (٣٧٤/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٨٩/٥) .

(٩) زيادة من (أ) .

مالٍ عظيمٌ وكثيرٌ بالإضافة .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - [1] : لا يُقبل [2] تفسيرُ العظيم إلا بمائتي درهم .

ومن الأصحاب من قال : لابُدَّ وأن يَذْكَرَ لوَصْفِه بالعظيم وجهًا ، من عظمٍ في الجثَّة ، [أو الجرْم] [3] أو يزيد على أقلِّ ما يتمول بشيءٍ ؛ ليظهر له فائدة ، وذلك خلاف نصِّ الشافعي رضي الله عنه .

اللفظ الرابع : الأكثر .

فإذا قال : له عليّ أكثرُ من مالِ فلانٍ : قُبِل [تفسيرُه] [4] بأقلِّ ما يتمول ، على معنى : (٥ أن الحلالَ ٥) أكثرُ من الحرام ، أو ما في الذمة أبْقَى .

ولو قال : أكثرُ مما شَهِدَ به الشهودُ على فلان : فكمثل ، ومعناه : أن ذلك زُورٌ ، ولو قال : أكثرُ مما قضى به القاضي : فكمثل .

ومنهم من أبَى هذا [6] [في القضاء] [7] ، وقال : يجب تنزيله على الصدق .

ولو قال : أكثرُ من الدراهم التي في يد فلان ، وفي يده ثلاثةٌ ، ففَسَّر بثلاثة : يُقْبَلُ ،

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن المقر إذا قال : له عليَّ مالٌ عظيم ، أو كثير ، أو جليل أو خطير ، أو كبير ، فإنه يقبل تفسيرُه بأقلِّ ما يتمول ؛ لأنه يحتمل أن يُريد عظيمَ خَطَرِه بكفرِ مستحِلِّه ، وإثمِ غاصبه .

ومذهب الحنفية : أنه إذا قال : له عليَّ مالٌ عظيم ، فلا يُصدَّق في أقلَّ من مائتي درهم .

انظر : الأم : (٣/٢١٠) ، روضة الطالبين : (٤/٣٧٥) ، مغني المحتاج : (٢/٢٤٨) ، نهاية المحتاج : (٥/٨٨) . الاختيار لتعليل المختار : (٢/١٢٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/٢٧) .

(٢) في (أ) : « لا تقبل » .

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) ، وفي (ب) : « من عظم الجرم أو الجثة » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « أنا الحلال » وهو خطأ .

(٦) في (أ) : « ذلك » .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

ويكون الأكثرُ للمرتبة ، ولو فسّر بأقلَّ منه ، قال الجماهير : لا يُقْبَلُ ، وقال الشيخ أبو محمد : يُقبل ؛ تنزيلًا على المرتبة .

اللفظ الخامس : كذا .

إذا قال : لفلان عليَّ كذا ، فهو كما لو قال : شيءٌ ، فيُفَسَّرُ بما مضى ، ولو قال : كذا كذا ، فهو تكرار . ولو قال : كذا وكذا ، فهو كقوله : شيء وشيء [1] ، فقد جمع بين مُبْهَمَيْنْ .

أما إذا قال : كذا درهم ، يلزمه درهمٌ واحد ، وكذا إذا قال : كذا كذا درهم ، فيكون تكريرًا ؛ والواجبُ درهمٌ .

ولو قال : كذا وكذا درهم [2] ، نقل المزني [3] قولين :

أحدهما : أن الواجبَ درهمٌ ، فكأنه عقَّب مبهمين ببيانٍ واحد .

والثاني : درهمان ، فكأنه فسَّر كلَّ واحدٍ منهما به .

وقال أبو إسحق المروزي وجماعةٌ : المسألة على حالتين [4] ، فإن قال كذا [5] وكذا درهمًا : لَزِمَه درهمان ؛ لأنه نُصِبَ على التفسير ، فيكون تفسيرًا لكلِّ واحدٍ .

وإن قال : [كذا و] [6] كذا درهمٌ - بالرفع : لزمه درهمٌ واحد ، وقال أبو حنيفة [7] : يلزمه بقول : كذا درهمًا : عشرون درهمًا ، وبقوله : كذا كذا درهمًا :

---

(١) قوله : « وشيء » : ليس في (أ) . (٢) في (أ) : « درهمًا » .

(٣) انظر مختصر المزني : (١٣/٣) . (٤) في (أ) : « حالين » .

(٥) قوله : « كذا » : ليس في (أ) . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : كذا درهم ، يلزمه درهم واحد ، وكذلك إذا قال : كذا كذا درهم ، ولو قال : كذا وكذا درهمًا ، يلزمه درهمان على المذهب .

ومذهب الحنفية : أنه لو قال : كذا درهم ، يلزمه عشرون درهمًا ، ولو قال : كذا كذا درهمًا ، يلزمه أحد عشر درهمًا ، ولو قال : كذا وكذا درهمًا ، يلزمه أحد وعشرون درهمًا .

انظر : روضة الطالبين : (٣٧٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٠/٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٢٩/٢ ، ١٣٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٧/٢) .

لَزِمَه [(١)] أحدَ عشرَ درهمًا ، وبقوله : كذا وكذا درهمًا [(٢)] : أحدٌ وعشرون درهمًا ؛ مراعاة لمطابقة اللفظ ، [(٣] فأقلُّ الدرهمِ ينتصب الدرهمُ بعده [٣)] ، على هذا النظم . ولو قال : كذا درهم صحيح ، فقد سلم أنه لا يلزمه مائةٌ ، وإن كان الدرهمُ لا ينكسر إلا بعده وبعد نصف درهم ، و [عنه] [(٤)] احترزنا بالصحيح / .

١٠٠/ب

اللفظ السادس : ذِكْرُ المُبَيِّنِ عقيب مبْهَم [(٥)] .

كقوله : له عليَّ ألفٌ ودرهمٌ : فالأول [(٦)] عندنا مبهمٌ يُرْجَعُ في تفسيره إليه ، وقال أبو حنيفة – رحمه الله – [(٧)] : صار مفسَّرًا ، إذا كان العطفُ بين المكِيلات والموزونات ، وسلم أنه إذا قال : ألفٌ وثوبٌ ، يبقى الألفُ مجملًا .

أما إذا قال : ألف درهم وخمسة عشر درهمًا : فالدرهمُ بيانٌ ؛ لأنه لم يثبت بنفسه ، وخمسة عشر اسمان جُعِلَا اسمًا واحدًا ، فلا يختص بالبيان [(٨] بالعَشْرِ عن الخمس [٨)] .

ولو [(٩)] قال : ألفٌ ومائةٌ [(١٠] وخمسةٌ وعشرون [١٠)] درهمًا : فالدرهمُ تفسيرٌ للكل ؛

---

(١) كلمة : « لزمه » : ليست في (أ) . (٢) كلمة : « درهمًا » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فأول عدد ينتصف الدرهم بعده » .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « المبهم » .

(٦) في (أ) : « فالألف » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : له عليَّ ألف ودرهم ، أو ودراهم ، أو ألف وثوب ، أو ألف وعبد ، فله تفسيرُه بغير جنس ما عطف عليه .

ومذهب الحنفية : أنه إذا قال : له عليَّ مائة ودرهم ، أو ألف ودرهم ، فالمائة أو الألف كلها دراهم ، وذلك عندهم في المقدَّرات ، كالمكيلات ، والموزونات ، بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن .

انظر : روضة الطالبين : (٣٧٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٤٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٠/٥) . الاختيار لتعليل المختار : (١٣٠/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٩/٢) .

(٨) في (أ) : « بالعشرة عن الخمسة » . (٩) في (أ) : « فلو » .

(١٠) في (أ) : « وخمسة عشر » .

لما ذكرناه [١] .

وقال الإصطخري وهو [٢] : تفسيرُ الأخير ، وما سبق مجملٌ ، فإنه مقطوعٌ عنه بواو العطف ، وهو متروكٌ عليه ؛ لأنه على خلافِ عادةِ الحساب ، وإذا [٣] قال : له درهمٌ ونصفٌ : ففي النصف وجهان ، ولعل الأصح أيضًا : أنه مفسَّرٌ بالدرهم .

اللفظ السابع : الدراهم .

إذا قال : له علي درهمٌ : يلزمه درهمٌ فيه ستةُ دَوَانِيقَ ، عشرةٌ منها تساوي [في الوزن] [٤] سبعةَ مثاقيل وهي دراهمُ الإسلام في الدِّية وغيرها ، فلو فسر بعَدَدِيَّات فيها أربعة دوانيق ، إن [٥] كان متصلًا : قُبل ، فكأنه قال : درهمٌ إلا دانقَيْنْ .

وفيه وجه : أن هذه الصيغةَ لا تصلح للاستثناء ، فلا تقبل ، وإن كان منفصلًا : لم يُقبل ، إلا إذا كان في بلدٍ يعتادُ التعاملَ بها : فوجهان [٦] :

أحدهما [٧] : ينزل عليه كما في البيع .

والثاني : لا ؛ لأن البيعَ إيجابٌ في الحال ، والحالُ حالُ التعامل ، والإقرارُ إخبارٌ عن سابقٍ ليس يُدْرَى متى وَجَبَ ، فيُرْعَى أصلُ الشرع فيه .

والتفسيرُ بالدراهم المغشوشة كالتفسير بالنقص ، ولو فسَّر الدراهمَ بالفُلُوس : لم يُقبل أصلًا ، ولا فَرْقَ بين أن يقول : عليّ دراهمُ [٨] ، أو دُرَيْهماتٌ ، أو دراهمُ صغارٌ ، فيما قدمناه من الوزن .

وإذا قال : دراهمُ ، فمن حيث العددُ لا يُنَزَّلُ على أقلِّ من ثلاثة دراهم .

---

(١) في (أ) : « ذكرنا » .

(٢) في (أ) : « هو » بدون الواو .

(٣) في (أ) : « فإذا » .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « وجهان » .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٧٨/٤) .

(٨) في (أ) : « درهم » .

وإذا [1] قال : مائةُ درهمٍ عددًا : لَزِمَه الجمعُ بين [2] الوزن والعدد [2] ، فلو أتى بخمسين عددًا يساوي [3] مائةَ درهمٍ [وزنًا] [4] ، فقد تَردَّدُوا فيه .

فرع :

لو قال : [له] [5] عليَّ من درهمٍ إلى عشرة ، فثلاثة أوجه [6] :

أحدها : أنه يلزمه ثمانيةٌ ، فلا يدخل الحَدَّان فيه .

والثاني : تسعةٌ ، فيدخل الحدُّ الأول .

والثالث : عشرة ، فيدخل الحدَّان .

اللفظ الثامن : في معنى الإضافة إلى الظرف .

وله [أربع] [7] صور :

الأولى : أن يقول : له [8] عندي زيتٌ في جَرَّةٍ ، وسَمْنٌ في بستوقة ، وسيفٌ في

---

(١) في (أ) : « فإذا » .

(٢) في (أ) : « العدد والوزن » .

(٣) في (أ) : « تساوي » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « قال : عليَّ من درهم إلى عشرة ، لزمه تسعةٌ على الأصح عند العراقيين ، والغزالي . وقيل : عشرة ، وصححه البغوي . وقيل : ثمانية ، كما لو قال : بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار ، لا يدخل الجداران في البيع . واحتج الشيخ أبو حامد للأول ، بأنه لو قال : لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة ، تدخل الأولى في الإقرار دون الأخيرة . وفيما قاله نظر ، وينبغي أن لا تدخل الأولى أيضًا ، كقوله : بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار » . انظر : روضة الطالبين : (٣٨٠/٤ ، ٣٨١) ، مغني المحتاج : (٢٥٠/٢ ، ٢٥١) ، نهاية المحتاج : (٩٣/٥) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قوله : « له » : ليس في (أ) .

غِمْدٍ : لا يكون مُقِرًّا بالظرف خلافًا لأبي حنيفة [١] - رحمه الله - . وكذا لو قال : عندي بستوقةٌ فيها سمنٌ ، وغِمْدٌ فيه سيفٌ ، وجَرَّةٌ فيها زيت : لا يكون مقِرًّا إلا بالظرف ، وكذلك إذا قال : [٢] له عندي [٢] عبدٌ على رأسه عِمَامةٌ ودابةٌ على ظهرها سَرْجٌ : لا يكون مُقِرًّا بالسَّرْج والعِمَامة . كما لو قال : له [٣] عندي عِمَامةٌ على رأس عبد ، وسَرْجٌ على ظهر فَرَسٍ : لا يكون مُقِرًّا بالفرس والعبد . وقال صاحب التلخيص : إنه إذا قال : عبدٌ على رأسه عمامةٌ : يلزمه العمامةُ ، بخلاف الفرس عليه سرجٌ ؛ لأن ما في يد العبد لسيده ، وهو الذي أُورِدَ في طريقة العراق .

وأنكر المراوِزَةُ [٤] هذا الفرْقَ [٤] وزيَّفُوه ؛ إذ يَنْقَدِحُ أن يقول : عبدٌ على رأسه عِمامةٌ لي : كيف وقد صرَّحوا بأنه لو قال لفلان في يدي دارٌ مفروشةٌ : لم يلزم الفَرْشُ وإن جَعَلَه صفةً ؟ وما كان في دار الإنسان فهو في يده .

وذكر العراقيون في الثوب المطرَّزِ وجهين [٥] ، أنه هل يكون إقرارًا بالطِّرَازِ إذا كان الطِّرَازُ يُعْمَلُ بعد النسج ؟

ولو قال : له عندي خاتمٌ ، وجاء بخاتمٍ وعليه [٦] فَصُّه ، وقال : ما أردت الفَصَّ :

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه إذا قال : له عندي زيتٌ في جرة ، أو سيف في غمد ، أو ثوب في منديل ، أو تمر في جِراب ، أو لبن في كُوزٍ ، أو طعام في سفينة : فإنه لا يكون مقرًّا بالظرف ويكون مقرًّا بالمظروف .

ومذهب الحنفية : أنه إذا أقر بسيف فله النَّصْلُ ، والجِفْن ، والحمائل ، وإن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة

انظر : روضة الطالبين : (٣٨١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥١/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٤/٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٣١/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٣٣/٢) .

(٢) قوله : « له عندي » : ليس في (أ) . (٣) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٤) قوله : « هذا الفرق » : ليس في (أ) .

(٥) الأصح منهما : أنه لا يكون مقرًّا بالطراز ، كما في الروضة : (٣٨٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٥/٥ ، ٩٦) .

(٦) في (أ) : « فعليه » .

فوجهان [١] ، الأظهر : أنه مقِرٌّ به ؛ [٢ لأن الاسمَ ٢] شاملٌ .

ولو قال : له عندي جاريةٌ ، [٣ فجاء بجاريةٍ ٣] في بطنها جنينٌ [وادَّعى كونَه جنينًا له] [٤] : فوجهان [٥] مرتبان ، [٦ وهاهنا ٦] أولى بأن لا يُؤَاخَذَ بالجنين [٧] ، بل مَنْ يُؤَاخِذُه يأخذه [٨] [٩ من التبعية ٩] [١٠ في البيع ١٠] .

ولو قال : له عندي فصٌّ في خاتم ، أو جنينٌ في بطن جارية : لا يكون مُقِرًّا بالجارية والخاتم .

الصورة الثانية : إذا قال : له عندي ألفُ درهمٍ في هذا الكِيسِ : لا يكون إقرارًا بالكيس ، ثم [١١] إن لم يكن في الكيس شيءٌ : يلزمه ألفٌ . وإن كان ، ولكنه ناقصٌ عن ألف [١٢] ؟

قال أبو زيد : لا يلزمه إلا ما في الكيس ؛ للحَصْرِ .

وقال القفال : يلزمه الإتمامُ [١٣] ، كما لو لم يكن في الكيس شيءٌ .

أما إذا عَرَّف بالألف واللام وقال : له عندي الألفُ الذي [١٤] في الكيس ، فإن

---

(١) قال في الروضة : « ولو اقتصر على قوله : عندي له خاتم ، ثم قال بعد ذلك : ما أردت الفصَّ ، لم يقبل منه على المذهب ، بل يلزمه الخاتمُ بفصه ؛ لأن الخاتم تناولهما ، فلا يقبل رجوعُه عن بعض ما تناوله الإقرار ، وحكى الغزالي فيه وجهين » . انظر : روضة الطالبين : (٣٨٢/٤) .

(٢) هذه الجملة بهامش الأصل مطموسة ، ولكن لها مكان فنقلتها من (أ) .

(٣) هذه الجملة أيضًا بهامش الأصل مطموسة ، ولكن لها مكان فنقلتها من (أ) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) : « فيه وجهان » .

(٦) مطموسة في الأصل ، فنقلتها من (أ) .

(٧) مطموسة في الأصل فنقلتها من (أ) .

(٨) مطموسة في الأصل ، فنقلتها من (أ) .

(٩) في (أ) : « بالتبعية » .

(١٠) مطموسة في الأصل ، فنقلتها من (أ) .

(١١) في (أ) : « بل » .

(١٢) في (أ) : « الألف » .

(١٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٨٣/٤) .

(١٤) في (أ) : « التي » .

كان ناقصًا ، فالأظهر : أنه لا يلزمه الإتمامُ ؛ للحصر ، ولو لم يكن فيه شيءٌ .

حكى الشيخ أبو علي قولين ، وقرَّبهما من القولين فيما إذا قال : لأَشْرَبَنَّ ماءَ هذه الإدَاوةِ ولا ماءَ فيها ، أن اليمين هل تنعقد ؟ فإن قلنا : (1) اليمين ينعقد (1) ، فهاهنا يصح الإقرارُ ويلزمه . وإن قلنا : لا تنعقد (2) ، فالإقرارُ هاهنا لَغْوٌ (3) .

الصورة الثالثة : أن يقول : لفلانٍ في هذا العبد ألفُ درهمٍ ، (4) أو له من هذا العبدِ ألفُ درهم (4) : يُطالَبُ (5) بتفسيره .

فإن قال : وَزن فيه ألفَ درهمٍ ، فيقول : وكم (6) وزنْتَ أنت ؟ فإن قال : ألفًا (7) ، فالعبد بينهما . وإن قال : ألفين ، فالعبد أثلاث . وإن قال : وَزَنَ هو ألفًا في عشرة ، واشتريْتُ الباقِيَ أنا بألف : صُدِّق في الكل ؛ لأنه محتمل .

وقال مالك : يَسْلَمُ للمقَرِّ له مقدارُ ما يساوي ألفًا من العبد ، وما بقي يبقى للمقِرِّ .

وإن قال : جزء العبدُ عليه بألف ، فيثبت (8) موجبه . ولو قال : هو مرهونٌ عنده بألف ، فوجهان : أحدهما : لا يقبل ؛ لأن الدَّيْنَ في الذمة لا في العبد .

والثاني : يقبل (9) ؛ لأن الإضافةَ إليه معقولةٌ كما في جناية العبد .

الصورة الرابعة : / إذا قال : له في هذا المال ألفٌ ، أو في ميراث أبي ألفٌ : لزمه الألف . ١٠١/أ

---

(1) في (أ) : « تنعقد اليمين » .

(2) في (أ) : « لا ينعقد » .

(3) وهذا هو الراجح ، كما في الروضة : (٣٨٣/٤) .

(4) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(5) في (أ) : « فيطالب » .

(6) في (أ) : « فكم » .

(7) في (أ) : « ألف » .

(8) في (أ) : « فثبت » .

(9) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٨٣/٤ ، ٣٨٤) .

ولو قال : له في (١) مالي ألف ، أو في ميراثي من أبي ألف : لم يلزمه [الألف ؛ لإضافته إلى نفسه] (٢) ويُفِيدُ (٣) الوعدَ بالهبة . هذا هو الظاهر المقطوع في طريقة العراق .

ونَقَل صاحب التقريب والقاضي من نص الشافعي - رضي الله عنه - في قوله (٤) : له من مالي ألف ، أنه يلزمه ، بخلاف ما إذا قال : في ميراثي من أبي ، [فإنه لا يلزمه] (٥) .

ثم قالوا : اختلف الأصحاب على طريقين ، منهم من قال : قولان بالنقل والتخريج ، ومنهم من فرق .

وقال القاضي : الفرق بالعكس أولى ؛ لأنه إذا قال : في ميراثي [من أبي] (٦) احتمل أن يكون الدينُ على أبيه ، والميراثُ له ؛ لأن الدينَ عندنا لا يمنع [من صحة] (٧) الإرث .

ثم قال الشيخ أبو علي : أخطأ بعضُ الأصحاب بطرد الطريقين فيما إذا قال : لفلانٍ من داري نِصْفُها ؛ فإن الشافعي - رضي الله عنه - نَصَّ (٨) أنه لو قال : داري لفلان ، كان الإقرارُ (٩) باطلًا ؛ لإضافته إلى نفسه ، فلا فَرْقَ بين النصف وبين الكل ، وإنما السديدُ المعقولُ ما نُقِل في طريق العراق .

اللفظ التاسع : [في] (١٠) تكرير المقَرِّ به .

إذا قال : عليَّ درهمٌ درهمٌ درهم : لا يلزمه إلا [درهم] (١١) واحد ؛ لأنه محتملٌ للتكرار . ولو قال : درهمٌ ودرهمٌ : لَزِمَه درهمان ؛ لأن « الواو » مَنَعَ التكرارَ . ولو قال :

---

(١) في (أ) : « من » .
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(٣) في (أ) : « ويقبل » .
(٤) انظر : مختصر المزني : (٢٣/٣) ، روضة الطالبين : (٣٨٥/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٩٦/٥) .
(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٨) انظر : روضة الطالبين : (٣٨٥/٤ ، ٣٨٦) .
(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « للإقرار » ، والمثبت من (أ) .
(١٠) زيادة من (أ) .
(١١) زيادة من (أ) .

عليَّ درهم ودرهمان : لزمه ثلاثةُ [دراهم] (١) .

ولو قال : درهم فدرهم : لزمه درهم ، أي فدرهم لازمٌ ، أو خيرٌ منه . ولو قال : أنت طالق فطالق : يقع طلقتان ؛ إذ لا ينقدح فطالقٌ خيرٌ منه . ونقل ابن خيران الجوابَ من (٢) المسألتين وجعلهما على قولين (٣) .

ولو قال : درهم ودرهم درهم ، وقال : أردت بالثالث تكرارَ الثاني : قُبِلَ . (٤ ولو قال : أردت ٤) تكرارَ الأول : لم يُقْبَل . وعند الإطلاق يلزمه ثلاثةٌ .

ولو قال : أنت طالق وطالق وطالق ، ولم يَنْوِ شيئًا ، فقولان :

أحدهما : أنه يقع طلقتان ، ويُجْعَلُ الثالثُ (٥ تكرارَ الثاني ٥) .

والثاني : [أنه] (٦) يقع ثلاثٌ ؛ لأنه لم يَقْصِدِ التكرار .

فنقل ابن خيران قولًا إلى الإقرار ، حتى لا يلزم (٧) عند الإطلاق إلا درهمان . ومَنْ فرَّقَ عوَّل على أن التأكيدَ يَلِيقُ بالطلاق الذي هو إنشاءٌ دون الإخبار .

ولو قال : درهم ثم درهم ، فكلمة « ثم » كالواو في قطع التأكيد . ولو قال : درهم فوق درهمٍ ، أو تحت درهمٍ ، أو تحته درهمٌ أو فوقه درهم ، أو مع (٨) درهم ،

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « في » .

(٣) قال في الروضة : « الثالثة : قال : له عليَّ أو عندي درهم فدرهم ، إن أراد العطف ، لزمه درهمان ، وإلا ، فالنص لزومُ درهمٍ فقط . ونص في : أنتِ طالق فطالق ، أنه طلقتان . وقال ابن خيران : فيهما قولان : أحدهما : درهمان وطلقتان . والثاني : درهم وطلقة .

والمذهب الذي قطع به الأكثرون : تقرير النصين » . انظر : روضة الطالبين : (٣٨٧/٤) .

(٤) في (أ) : « ولو أراد » .
(٥) في (أ) : « تكرارًا للثاني » .

(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « لا يلزمه » .

(٨) قوله : « مع » : ليس في (أ) .

أو معه درهم : فلا يلزمه إلا درهمٌ واحد ، والباقي يكون على تأويل مِلك [1] المقِرّ . أي : درهمٌ فوق درهم لي .

وفي نظيره في الطلاق يقع طلقتان ؛ إذ لا ينقدح هذا ، وقيل بتخريج ذلك في الإقرار ، وهو بعيد .

ولو قال : درهم قبل درهم ، أو قبله درهم ، أو بعد درهم ، أو بعده درهمٌ : يلزمه [2] درهمان ؛ لأن ذلك لا يُحتمل إلا في تأخير الوجوب وتقديمه .

[3] ولو قال : درهم بل درهم : يلزمه درهمٌ واحد [3] . ولو قال : بل درهمان : يلزمه درهمان ؛ لأنه أعاد الأولَ في الثاني . ولو قال : درهم بل ديناران : يلزمه درهمٌ وديناران ؛ لأن الثاني [4] رجوعٌ وليس بإعادة . ولو قال : عشرة ، لا بل تسعة : يلزمه [5] العشرة ؛ لأنه رجوع . ولو قال : ديناران بل قَفِيزان : يلزمه الكلُّ ؛ لأنه رجوعٌ وليس بإعادة .

ولو قال : درهم بل درهمان بل ثلاثةُ دراهم : لا يلزمه إلا ثلاثةُ [دراهم] [6] ، ويكون ما مضى معادًا فيه .

هذا كلُّه إذا جرى على الاتصال .

فلو أقرَّ بألفٍ يوم السبت ، وبألفٍ يوم الأحد : لا يلزمه إلا ألفٌ واحدٌ ويُجْمَعُ بينهما . فالأخبارُ تتداخل إلا أن يُضِيفَ إلى سببين مختلفين . فلو [7] أضاف أحدَهما دون الآخر : نُزِّل المطلقُ على المضاف ، ولا يختلف ذلك بتكرير الإشهاد .

فلو شهد شاهدان أنه أقرَّ يوم السبت بألف ، وآخران أنه أقرَّ يوم الأحد بألف : [8] لم يلزمه إلا ألفٌ [8] .

---

(١) كلمة : « ملك » : ليست في (أ) .
(٢) في (أ) : « لزمه » .
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .
(٤) في (أ) : « والثاني » .
(٥) في (أ) : « لزمه » .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « ولو » .
(٨) في (أ) : « يلزمه الألف » .

ولهذا قالوا [(١)] : لو شهد أحدُهما على إقراره يوم السبت بألف ، والآخرُ [(٢)] على إقراره يوم الأحد بألف : ثبت ألفٌ ، وإن لم يجتمعا على إقرارٍ واحدٍ ولكن اجتمعا في حقِّ المُخْبَرِ عنه .

وكذلك إذا حكى أحدُ الشاهدين العجميةَ من لفظ المقِرِّ في الإقرار ، وحكى الآخرُ [(٣)] العربيةَ : يُجْمَعُ بينهما .

ومثل ذلك في الأفعال كالغَصْب والقبض .

والإنشاءات كالبيع والقذف : لا يُجْمَعُ ، هكذا نقل صاحب التقريب النفيَ ثم قال : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج [(٤)] .

أما تخريجُه في الجمع في جانب الإنشاءات فبعيدٌ ، وللتخريج في جانب الأقارير وجهٌ ؛ لأنهما لم يجتمعا على شيء واحد .

ولا خلاف في أنه لو ادَّعى حقًّا وشهد له الشهودُ ، بل لو ادَّعى على الإقرار [(٥)] مَنْ عليه [الحق] [(٦)] : قُبِلَ ، ولم يكن ذلك مخالفةً [في نفسه] [(٧)] ، ولم يلزمه أن يدعي الإقرارَ حتى يوافقه لفظُ الشهود ، بل لو ادَّعى الإقرارَ [(٨)] : لم يسمع .

وقال قائلون : لابدَّ من دعوى الإقرارِ [(٩)] ؛ لتتوافَقَ (١٠ الشهادةُ والدعوى ١٠) ، ولا يجب على [(١١)] الشاهد إذا شهد على الإقرار أن يَذْكُر (١٢ كونَه مكلَّفًا طائعًا ١٢) . بل

---

(١) قوله : « قالوا » : ليس في (أ) .

(٢) ، (٣) في الأصل ونسخة (ب) : « للآخر » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٣٨٩/٤) .

(٥) في (أ) : « إقرار » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٨) هكذا في (أ) ، وفي الأصل ونسخة (ب) : « للإقرار » .

(٩) هكذا في (أ) ، وفي الأصل ونسخة (ب) : « للإقرار » .

(١٠) في (أ) : « الدعوى والشهادة » .

(١١) في (ب) : « هذا » .

(١٢) في (أ) : « أنه مكلفٌ طائع » .

هو المفهومُ عند الإطلاق .

فلو أقام المشهودُ عليه بينةً على أنه كان مكرهًا : قُدِّمت بينةُ الإكراه . ولو أقام [بينةً] (١) على أنه كان في الحَبْسِ والقَيْدِ : صار الظاهر معه حتى يكون القولُ قولَه في الإكراه .

اللفظ العاشر :

إذا قال : هذا ولدي ولدَتْه هذه الجاريةُ ، وقد عَلِقَتْ به في ملكي : (٢ فهو إقرارٌ بالاستيلاد في الأم .

ولو قال : ولدَتْه ، ولم يقل : عَلِقَتْ به في ملكي ، ولا ولدَتْ في ملكي ٢) : فوجهان (٣) ، ظاهر النص : أنه إقرارٌ بالاستيلاد ؛ بناءً على الغالب . / ولو قال : ولدت ١٠١ / ب في ملكي ، ولم يقل علقت في ملكي : فوجهان مرتبان ، وأولى بالثبوت .

فرع دخيل في هذا الكتاب ، وهو :

إذا تنازع رجلان في جارية ، فقال أحدهما : زوَّجْتَنِيها ، وقال الآخر : بِعْتُكها : والنظر (٤) في [أربعة] (٥) أمور :

الأول : [في] (٦) فَصْلِ الخصومة . قال الأصحاب : هما خصومتان ؛ إذ كلُّ واحدٍ يدعي عقدًا فعليه إثباتُه ، ويُدَّعَى عليه عقدٌ ، فالقول قوله فتعرِضُ اليمينَ على كلِّ واحدٍ في نفي ما يُدَّعَى عليه ، وفي إثبات ما يدعيه مهما رُدَّ (٧) اليمينُ عليه .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « له جارية ذات ولد ، فقال : هذا ولدي من هذه الجارية ، ثبت نسبُه عند الإمكان . وفي كون الجارية أمَّ ولدٍ قولان . ويقال : وجهان : أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وجماعةٍ : نعم . وأشبههما بالقاعدة ، وأقربهما إلى القياس : لا ؛ لاحتمال أنه أولدها بنكاح ثم ملكها » . انظر : روضة الطالبين : (٤١٦/٤) .

(٤) في (أ) : « فالنظر » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « رُدَّتْ » .

استدرك [١] صاحبُ التقريب وقال : من يدَّعي أنه باع فهو يطلب الثمنَ فله التحليفُ على نفي الشراء . أما من يَدَّعِي التزويجَ على الآخر ، والآخر قد قال : بِعْتُ ، فقد أنكر ملكَ نفسه في الجارية ، فلو أقر لكان (٢ لا يقبل إقرارُه ٢) ، فأي فائدةٍ في تحليفه ؟

ثم قال : الآن [٣] يُبْنَى على أن يمينَ الرَّدِّ كالبينة ففائدتُه النكولُ واستدراكُه على وجهه .

النظر الثاني : أنه إن حَلَف الزوجُ على نفي الشراء : لم يُطَالَبْ بالثمن ، وللبائع الرجوعُ في الجارية .

منهم [٤] من قال : يَصِيرُ كأنه عَجَزَ عن استيفاءِ الثمن بالإفلاس ، فيفسخ [٥] ويثبت [٦] حقُّه في الجارية ، وإن زاد [٧] قيمتُها على الثمن .

ومنهم من قال : (٨ لا ، بل ٨) طريقهُ أنه ظَفَرَ بغير جنسِ حقِّه فيأخذ منها [٩] مقدارَ الثمن منه [١٠] .

[هذا كله] [١١] إذا لم يكن قد استولدها . فإن جرى الاستيلادُ امتنع الرجوعُ بموجب قول البائع ، وكان الولدُ أيضًا حُرًّا بموجب قوله ، فلا مرجعَ له .

النظر الثالث : أن الزوجَ هل يَحِلُّ له وطؤها ؟ نُظِرَ : فإن كان صادقًا : حَلَّ له وطؤها باطنًا ، وفي الظاهر وجهان :

أحدهما : نعم [١٢] ؛ لأنَ العِبْرَةَ بقولهما ، وهي حلالٌ بموجب قولِ البائع والزوج جميعًا .

---

(١) في (أ) : « واستدرك » .

(٢) في (أ) : « إقراره لا يقبل » .

(٣) في (أ) : « إلا أن » .

(٤) في (أ) : « فمنهم » .

(٥) في (أ) : « فينفسخ » .

(٦) في (أ) : « فيثبت » .

(٧) في (أ) : « زادت » .

(٨) قوله : « لا ، بل » : ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « منه » .

(١٠) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

(١١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(١٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤١٠/٤) .

والثاني : أنها حرامٌ ؛ لوقوع الاختلاف في الجهة . فإنه لو قال : لي عليكَ ألفٌ من قَرْضٍ ، فقال : بل من ثمنِ مبيعٍ ، فهل يَقْدِرُ على المطالبة ؟ فيه خلاف ، فالاختلافُ في الجهة في البُضْعِ أولى .

ومنهم من شبه هذا بما إذا اشترى زوجتَه بشرط الخيار . فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - : لا يطؤها في مدةِ الخيار ، فإنه لا يُدْرَى أيَطَأُ [١] زوجتَه أو مملوكتَه ، مع أنه كيف ما كان فهو حلالٌ . وسبيلُ حلِّ إشكالِ النص تخريجهُ على أقوال المِلك .

إن قلنا : الملك للبائع فله ذلك ؛ فإنه يَدْرِي أنه يَطَأُ زوجتَه ، وإن قلنا : للمشترى فلا ؛ لأنه يطأ مملوكتَه بملكٍ ضعيفٍ يمنع الوطءَ ؛ لبقاء خيار البائع . وإن قلنا : إنه موقوفٌ ، فلا يطأ [٢] ، وهو الذي أراد الشافعيُّ - رضى الله عنه - ؛ لأنه لا يَدْرِي أيطأ زوجتَه : فتَحِلُّ [٣] ، أو [يطأ] [٤] مملوكتَه بملكٍ ضعيف : فلا تحل له ؟

النظر الرابع : نفقة الولد بعد الاستيلاد على المستولد ؛ لأنه حُرٌّ بموجب قول البائع ، فنفقتُه على أبيه . ونفقةُ المستولدة (٥ على المستولِدِ ٥) إن قلنا : تَحِلُّ له . وإن قلنا : لا تحل له [٦] ، فوجهان :

أحدهما : على البائع ؛ إذ يُقْبَلُ قولُه في زوال مِلكه عليه ، لا في ما على غيره ، وهو سقوطُ النفقة .

والثاني [٧] : أنها تَأْكُلُ من كَسْبِها ، فإن لم يكن فمن بيت المال ؛ لأنها فقيرةٌ .

* * *

(١) في (أ) : « أيطأها » .

(٢) في (أ) : « فلا يطأها » .

(٣) في (أ) : « فيحل » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « على المستولد » : ليس في (أ) .

(٦) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٧) ذكر في الروضة أنهما قولان وليسا وجهين ، والأظهر منهما : الثاني هذا . انظر : روضة الطالبين : (٤/٤١٠) .

الباب الثالث : في تعقُّبِ الإقرار بما يَرْفَعُه

(وهو قسمان)

الأول [١] : أن [٢] يَعْقُبَه [٣] بما يرفعه كلَّه

وفيه مسائل سبع :

الأولى : إذا قال : لفلانٍ عليَّ ألفٌ من ثمنِ خمرٍ أو خنزيرٍ ، أو من ضمانٍ شرطٍ فيه الخيارُ لنفسه ، أو سببٍ فاسدٍ أسنده إليه ويُعتادُ التعاملُ بمثله على الفساد : ففيه قولان :

أحدهما : أنه يلزمه الألفُ [٤] ، والإضافةُ الفاسدةُ رَفْعٌ بعد إثبات ، فهو كقوله : عليَّ ألفٌ إلا ألفًا [٥] .

والثاني - ولعله الأَوْلَى - : أنه لا يلزمه ؛ لأنه لم يُقِرَّ بلزوم [٦] شيءٍ ، وكلامُه [٧] منظوم في نفسه ، فصار كما إذا [٨] قال : أنتِ طالقٌ إن شاء الله ، فإنه لما انتظم لم يكترث باندفاع الطلاق .

وقطع الأكثرون بأنه لو قال : لفلانٍ عليَّ ألفٌ إن شاء الله لا يلزمه شيءٌ ؛ لأنه للشَّكِّ في الإقرار ، ⁽⁹ وللتعليق في الإقرار ⁹⁾ . وحكى صاحب التقريب عن بعض الأصحاب طرْدَ القولين [١٠] .

ولا خلاف في أنه إذا قال : له عليَّ ألفٌ إذا جاء رأسُ الشهر وقَصَدَ به التعليقَ : أنه

---

(١) في (أ) : « أحدهما » .
(٢) قوله : « أن » : ليس في (أ) .
(٣) في (ب) : « تعقبه » .
(٤) وهذا القول هو الأظهر عند العراقيين وغيرهم ، كما في الروضة : (٣٩٦/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٤/٢، ٢٥٥) .
(٥) في (أ) : « ألف » .
(٦) في (أ) : « بلزوم » .
(٧) في (أ) : « وكلام » .
(٨) قوله : « إذا » : ليس في (أ) .
(٩) في (أ) : « والتعليق في الطلاق » .
(١٠) انظر : روضة الطالبين : (٣٩٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٢/٥) .

يُخَرَّجُ عن القولين [1] ، بخلاف ما إذا قال : إذا جاء رأسُ الشهر فله عليّ ألفٌ ، فإنه لا يلزمه قولًا واحدًا ؛ لأنه قدَّم كلمةَ التعليق ، إلا أن يُفَسِّرَ ذلك بأجَلٍ أو وصيةٍ فيُحتمل ، ولكن لا يلزمه دون تفسيره .

ولو قال : لك علي ألف إن شئت ؟ قال الأصحاب : لا يلزمه ؛ لأنه تعليقٌ بالمشيئة [2] . قال الإمام : ليخرج [3] على القولين [4] إن قدَّم صيغةَ الالتزام ، وإن أخَّر فيُقْطَعُ بأنه لا يلزمه .

الثانية : إذا قال : عليَّ ألفٌ لا يلزمني : يلزمه الألفُ ، لأنه متناقضٌ . ولو قال : ألفٌ قَضَيتُه ، فطريقان [5] [6] :

منهم من قَطَعَ باللزوم ؛ لتناقُضِه .

ومنهم من خرَّج على القولين ؛ إذ ذلك مما يُطْلِقُ في العادة .

الثالثة : إذا قال : عليَّ ألفٌ مؤجَّلٌ ، طريقان [7] :

---

(١) قال في الروضة : « ولو قال : عليّ ألفٌ إذا جاء رأسُ الشهر ، أو إذا قدم زيد ، أطلق جماعةٌ : أنه لا شئ عليه ؛ لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال ، والواقعُ لا يُعلَّق بشرط . وذكر الإمام وغيره : أنه على القولين . وكيف كان فالمذهب : أنه لا شيء عليه » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٢/٥) .

(٢) كلمة : « بالمشيئة » : ليست في (أ) . (٣) في (أ) : « يخرج » .

(٤) قال في الروضة : « ولو قال : عليَّ ألف إن شئت ، أو إن شاء فلان ، فلا شيء عليه في المذهب . قال الإمام : والوجه : طرد القولين » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٥/٢) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « طريقان » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « ولو قال : كان لفلان عليَّ ألفٌ قضيته ، قُبل عند الجمهور . وقيل : على الطريقين » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٧/٤) .

(٧) قال في الروضة : « قال : عليَّ ألفٌ مؤجلٌ إلى وقت كذا ، فإن ذكر الأجَلَ مفصولًا لم يقبل ، وإن وصله قُبل على المذهب . وقيل : قولان » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٨/٤) .

منهم من قطع بالقبول ؛ للصحة والاعتياد جميعًا .

ومنهم من خرَّج على القولين ؛ لأنه لو ذَكَرَ الأجَلَ منفصلًا : لم يُقْبَلْ وجُعِلَ [١] مانعًا للزوم ، فكذلك إذا ذكره متَّصِلًا .

وكذا إذا قال : عليَّ ألفٌ من ثمنِ عبدٍ ، إن سُلِّمَ سَلَّمْتُ ؛ لأنه إضافةٌ صحيحةٌ معتادة .

ولو قال : علي ألفٌ مؤجَّلٌ [٢] / من جهة [٣] تحمل العَقْل ، فيُقْطَعُ [٤] بصحته ؛ ١٠٢/أ لأن الأصلَ فيه الأجَلُ ، والحلولُ فيه [٥] دخيلٌ . ومنهم من خرج على القولين .

الرابعة : إذا قال : له علي ألفٌ ثم جاء بألفٍ وقال : هذه وديعةٌ عندي . فقال المقَرُّ له : ما أقررْتَ به ألفٌ آخر [٦] هو دَيْنٌ . فالذي قطع به المراوزةُ : قبولُه ، وعليه يَدُلُّ نصُّ الشافعي - رضي الله عنه - [٧] ، على أنه لو قال : علي شيء ، ثم فَسَّر بالوديعة قُبِلَ ؛ لأن الوديعةَ عليه ردُّها ، وقد يتعدَّى فيها فيَضْمَنُ .

نعم ، لو قال : تَلِفَ في يدي ، فلا يُقْبَلُ قولُه في سقوط الضمان ؛ لأن قولَه : « عليَّ » [٨] مستشعرٌ [٩] به . وقال العراقيون : في اتحاد الألف قولان .

---

(١) في (أ) : « ويجعل » .

(٢) قوله : « مؤجل » : ليس في (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « جهته » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « يقطع » .

(٥) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « أخرى » .

(٧) قال في الروضة : « قال : لزيد عليَّ ألفٌ وزعم أنه وديعة ، فله حالان . الأول : أن يذكره منفصلًا ، بأن أتى بألف بعد إقراره ، وقال : أردت هذا وهو وديعةٌ عندي ، وقال المقر له : هو وديعةٌ ولي عليك ألفٌ آخر دَيْنًا ، وهو الذي أردته بقرارك ، فهل القول قول المقر له ، أو المقر ؟ فيه قولان : أظهرهما : الثاني ، وقيل به قطعًا ؛ لأن قوله : عليَّ ، يحتمل أن يريد به : عندي ، ويحتمل : أنّي تعدَّيْتُ فيها فصارت مضمونةً عليَّ ، أو على حفظها » . انظر : روضة الطالبين : (٣٩٩/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٢/٥) .

(٨) مكان قوله : « علي » : فراغ في (أ) .

(٩) في (أ) : « مشعر » .

وإن قال : له علي ألفٌ في ذمتي فقولان مرتبان ، وأولى بأن لا يُفسَّر بالوديعة .

ولو قال : [له] (1) علي ألفٌ دينًا (2) في ذمتي ، فأولى بأن يتعدَّدَ ، وهاهنا يظهر خيالُ التعدد ، ويبعد تفسيرُه بالوديعة . فإن قلنا : إن التفسيرَ بالوديعة منفصلًا مقبولٌ ، فمتصلًا أولى . وإن قلنا : لا يقبل . (3 فيخرج المتصلُ على قولي الإضافة 3) إلى الجهات الفاسدة (4) .

ولو قال : [له] (5) عليَّ ألف درهم عارية ؟ في (6) طريقة العراق (7) : أنه يلزمه ؛ (8 لأن إعارة الدراهم يصح 8) ، فتكون مضمونةً . (9 وإن قلنا : لا يصح 9) ، فهي عاريةٌ فاسدةٌ مضمونة . وفي طريقة المراوزة : أن عاريةَ الدراهم إذا لم تصح فهي باطلةٌ ؛ لأنها غيرُ قابلةٍ للانتفاع أصلًا ، فلا ضمانَ ، فعلى هذا يُخرَّج على قولي الإضافة إلى الجهة (10) الفاسدة .

الخامسة : لو (11) قال : هذه الدارُ لك عاريةً أو هبةً . قال : الشافعي - رضي الله عنه - (12) : له أن يُخْرِجَ المقَرَّ له منها مهما (13) شاء ؛ لأن قوله : لك ، وإن كان ظاهرُه (14) للملك ، فإذا تُعُقِّبَ بالعارية نَزَلَ (15) عليه .

وكذا لو قال : لك هبة ، ثم قال : أردْتُ هبةً لم أقْبِضْها ، فموجِبُ النصِّ : القبولُ .

وقال صاحب التقريب : ينبغي أن يُخرَّج الكلُّ على قولي ثمنِ الخمرِ والخنزير ؛ لأنه

---

(1) زيادة من (أ) .
(2) في (أ) : « ألفُ دينارٍ » .
(3) في (أ) : « فيخرج قولَا المتصلِ على الإضافة » .
(4) انظر : روضة الطالبين : (٣٩٩/٤) .
(5) زيادة من (أ) .
(6) في (أ) : « ففي » .
(7) انظر : روضة الطالبين : (٤٠٠/٤) .
(8) في (أ) : « فإن إعارة الدراهم تصح » .
(9) في (أ) : « فإن قلنا : لا تصح » .
(10) في (أ) ، (ب) : « الجهات » .
(11) في (أ) : « إذا » .
(12) انظر : مختصر المزني : (٢٣/٣) ، روضة الطالبين : (٤٠٠/٤) .
(13) في (أ) : « متى » .
(14) في (أ) : « ظاهرًا » .
(15) في (أ) : « ينزل » .

رَفْعٌ [١] لما تَقَدَّم من « لام » التمليك ، وهو فاسد ؛ لأن « اللامَ » ظاهرٌ [٢] في التمليك [٢] ومحتملٌ لوجوه في الإضافة إذا ذُكِرَ متصلًا به .

السادسة : إذا قال : رَهَنْتُ فأقبضْتُ [٣] ، [أو وَهَبْتُ وأقبضت] [٤] ، ثم قال : كنت أقبضْتُ فلانًا [٥] وظننت أن القبضَ حاصلٌ به . نص الشافعي - رضي الله عنه - على قبول دعواه في تحليف الخَصْم [٦] . ولا خلاف أنه لو قال : كذَبْتُ من غير تأويل ، لم تُقْبَل دعواه .

ولو قال : أقررت إشهادًا على الصَّكِّ على العارية [٧] ، ثم لم يتفق : ففي قبول الدعوى للتحليف وجهان ، أولاهما : القبول ؛ لأنه محتملٌ . فلا [٨] خلاف أن العربيَّ إذا أقَرَّ بالعجمية ، ثم قال : لُقِّنْتُ ولم أفْهمْ أنه تقبل دعواه .

السَّابعة : إذا قال : هذه الدارُ لزيد بل لعمرٍو : سَلَّمَ إلى زيد . فهل [٩] يَغْرَمُ لعمرو؟ [فيه] [١٠] قولان [١١] :

---

(١) في (أ) : « دَفْع » .

(٢) قوله : « في التمليك » : ليس في (ب) .

(٣) في (أ) : « وأقيضت » .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « قولًا » ، وفي نسخة أخرى : « قولا » كذا على هامش الأصل .

(٦) انظر : روضة الطالبين : (٤٠١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٣/٥) .

(٧) في (أ) : « العادة » ، وفي نسخة أخرى : « العادة » ، كذا على هامش الأصل .

(٨) في (أ) : « ولا » .

(٩) في (أ) : « وهل » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) قال في الروضة : « قال : غصبت هذه الدارَ من زيد ، بل من عمرو ، أو قال : غصبتها من زيد ، وغصبها زيدٌ من عمرو ، أو قال : هذه الدار لزيد ، بل لعمرو ، سُلِّمت الدارُ إلى زيد . وفي غُرمه لعمرو قولان ، أظهرهما عند الأكثرين : يغرم . وفي الصورة الثالثة طريقةٌ جازمة بأن لا غُرْمَ ؛ لأنه لم يقر بجناية في ملك الغير ، بخلاف الأولين . ثم قيل : القولان فيما إذا انتزعها الحاكمُ من يده ، وسلمها إلى زيد . فأما إذا سلمها بنفسه ، فيغرم قطعًا . وقيل : القولان في الحالين . قلت : الأصح طردهما في الحالين ، قاله أصحابنا . ويجري الخلافُ سواء إلى بين الإقرار لهما ، أم فَصَلَ بفصْلٍ قصير أو طويل . والله أعلم » .

انظر : روضة الطالبين : (٤٠١/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٧/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٣/٥ ، ١٠٤) .

المنصوص هاهنا : أنه لا يَغْرَم ؛ لأن الدارَ قائمةٌ ، ومنازعةُ صاحب اليد فيها ممكنٌ ، ولم يَصْدُرْ منه إلا مجردُ قول .

والثاني - وهو القياس - : أنه يَضْمَنُ بالحيلولة ، كما لو أبق المغصوب (١) من يده .

وهذا الخلاف جارٍ في شهود المال إذا رَجَعُوا وعينُ المالِ باقيةٌ (٢) ، أو إمكانُ المطالبة بقيمته قائمٌ ، فإنهم (٣) هل يَغْرَمُون ؟

ثم من الأصحاب من أَطْلَقَ القولين ، ومنهم من خصَّص بما إذا لم يُسَلِّم إلى زيد بنفسه بل أخرج القاضي من يده . فإن سَلَّمَه ، ففِعْلُه غَصْبٌ بموجب قوله موجبٌ للضمان . أما إذا قال : غَصَبْتُ الدارَ من زيدٍ ، ومَلَّكَها لعمرٍو وسَلَّم إلى زيد : لم (٤) يلزمه شيء لعمرو ؛ لأنه يحتمل أن يكون (٥) مرتهنًا أو مستأجرًا و (٦) غصبت منه فبرئ (٧) بالردِّ عليه ؛ فلا يغرم للثاني ، وقيل بتخريج (٨) ذلك على القولين .

أما إذا قدَّم الإقرارَ بالملك ، فقال : هي لفلان وأنا غصبتها من فلانٍ ، فالأكثرون سَوَّوْا بين الصورتين ، حتى يُسَلِّمَ إلى من غَصَبَ منه ولا يَغْرَمُ للمالك .

ومنهم من رأى تخريجَ هذا على القولين ظاهرًا ، وزعم أنه يسلم (٩ إلى الأول ٩) ، وهل يغرم للثاني ؟ قولان (١٠) .

* * *

---

(١) في (أ) : « مغصوب » .

(٢) في (أ) : « باقٍ » .

(٣) في (أ) : « أنهم » .

(٤) في (أ) : « ولم » .

(٥) في (أ) : « تكون » .

(٦) في (أ) : « أو » .

(٧) في (أ) : « فيبرأ » .

(٨) في (أ) : « يتخرج » .

(٩) في (أ) : « للأول » .

(١٠) قال في الروضة : « ولو أخر ذكر الغصب فقال : هذه الدار ملكها عمرو ، وغصبتها من زيد ، فوجهان :
أصحهما : كالصورة الأولى ، لعدم التنافي ، فتسلم إلى زيد ، ولا يغرم لعمرو .
والثاني : لا يُقْبَل إقرارُه باليد بعد الملك ، فتسلم إلى عمرو . وفي غرمه لزيد القولان » . انظر : روضة الطالبين : (٤٠٢/٤) .

القسم الثاني : فيما يَرْفَعُ بعضَ الإقرار

وفيه (١) ثلاث مسائل (١) .

الأولى : جوازُ الاستثناء (٢) الأقلِّ والأكثرِ مهما بَقِيَ من المقَرِّ (٣) به شيءٌ .

فلو قال : [عليَّ] (٤) عشرةٌ إلا تسعةً ، قُبِلَ ، فما (٥) يلزمه إلا درهمٌ . ولو قال : عشرة إلا عشرة ، بَطَلَ الاستثناءُ ، ولزمه العشرةُ .

ولو قال : [عليَّ] (٦) عشرةٌ إلا تسعةً إلا ثمانيةً إلا سبعة إلا ستة هكذا إلى أنِ انتهى إلى الواحد : يلزمه خمسةٌ ؛ لأن الاستثناءَ من الإثبات نفيٌ ، ومن النفي إثبات .

فإذا جَمَعَ صيغَ الإثبات على اليد اليمنى والصيغَ التي بعدها على اليسرى . اجتمع على اليسرى خمسةٌ (٧) وعشرون ، وعلى اليمن ثلاثون ، فإذا أسْقَطْتَ المنْفِيَّ عن (٨) المثبتِ بقي خمسةٌ .

الثانية : الاستثناء من غير الجنس : صحيحٌ عندنا (٩) . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يصح إلا في استثناءِ المكيلِ من الموزون أو الموزونِ من المكيل (١٠) .

وصورته أن يقول : عليّ ألفُ درهمٍ إلا ثوبًا (١١) ، فمعناه : إلا قيمةَ ثوبٍ . ولكن

---

(١) في (أ) : « مسائل ثلاث » .
(٢) في (أ) : « استثناء » .
(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « للمقر » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (أ) : « ولم » .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « خمس » .
(٨) في (أ) : « من » .
(٩) قوله : « عندنا » : ليس في (ب) .
(١٠) **مذهب الشافعية** : أنه يصح الاستثناءُ من غير الجنس ، كقوله : ألف درهم إلا ثوبًا ، أو عبدًا .
ومذهب الحنفية : يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاستثناء من غير الجنس في كلِّ ما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ ، وما سوى ذلك فلا يجوز الاستثناء في غير جنسه . وأما محمد بن الحسن وزفر فإنهما لا يُجيزان الاستثناءَ من غير الجنس على الإطلاق .
انظر : الروضة : (٤٠٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٨/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٦/٥) ، مختصر الطحاوي : (١١٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (١٣٢/٢ ، ١٣٣ ، ١٣٤) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٨/٢، ٢٩) .
(١١) في (أ) : « ثوب » .

معناه [١] أن يُفَسِّر قيمةَ [٢] الثوب بما يَنْقُصُ عن الألف . فلو [٣] فسّره بما استغرق ، فوجهان :

أحدهما : بطلانُ التفسير ، إلى أن يُفَسِّرَ بما ينقص عن الألف .

والثاني : بطلانُ أصلِ الاستثناء [٤] .

الثالثة : الاستثناء عن العَيْن . كقوله : هذه الدارُ لفلانٍ ، والبيتُ الفلانيُّ منها لي ، أو هذه الدارُ لفلان إلا البابَ [٥] ، أو هذا الخاتمُ إلا الفَصَّ ، أو هؤلاء العبيدُ إلا واحدًا .

فالمذهب [٦] : صحة الاستثناء . وفيه وجه : أن الاستثناءَ إنما وَرَدَ في اللسان عن الأعداد ، فلذلك يُقْبَلُ ، وإلا فالأصلُ أن رَفْعَ الإقرار السابق باطلٌ .

فرع : لو قال : هؤلاء العبيدُ لفلانٍ إلا واحدًا ، وقلنا : صح [٧] ، طُولِبَ بتعيينه وقُبِلَ قولُه .

فلو ماتوا إلا واحدًا ، فقال : هذا هو المستثنَى ، فالصحيح : قبوله : كما لو عيَّنَ أولًا ثم مات الآخرُ .

وفيه وجه : أنه لا يقبل / ؛ لأنه يُوجِبُ إعدامَ أثرِ الإقرار ، بخلاف مالو قال : ١٠٢/ب غصبت هؤلاءِ العبيدَ إلا واحدًا ، فإنه يقبل تعيين الواحد الباقي ؛ لأن أثرَ الإقرارِ يبقى في مطالبته بقيمة الموت [٨] .

* * *

---

(١) في (أ) : « ولكن ينبغي » .

(٢) كلمة : « قيمة » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « ولو » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤٠٧/٤) ، مغني المحتاج : (٢٥٨/٢) ، نهاية المحتاج : (١٠٦/٥) .

(٥) في (أ) : « إلا هذا البيت » .

(٦) انظر : روضة الطالبين (٤٠٨/٤) ، مغني المحتاج (٢٥٨/٢) ، نهاية المحتاج (١٠٦/٥) .

(٧) في (أ) : « يصح » .

(٨) في (أ) : « الموتى » .

الباب الرابع في الإقرار بالنَّسَب

(وهو قسمان)

[أحدهما] (١) : أن يُقرَّ على نفسه ويستلحق شخصًا

فقولُه مقبولٌ بشرط أن يَسْلَمَ عن تكذيب الحِسِّ ، بأن يكون المستلحقُ أكبرَ سِنًّا منه ، أو مِثْلَه . وعن تكذيب الشرع ، بأن يكون المستلحق مشهورَ النسبِ [لغيره] (٢) ، وعن تكذيب المقَرِّ له ، بأن يكون بالغًا فيُكَذِّبُه .

فلا يَثْبُتُ النسبُ في هذه الصور الثلاثة (٣) ، وإنما يثبت في مجهول يُولَدُ مثلُه لمثله، وهو [أن] (٤) يُقِرَّ إن كان بالغًا أو هو صغيرٌ أو مجنونٌ أو ميت ، حتى لا يُتصوَّرَ تكذيبهُ ، فإنّ إقرارَه ليس بشرط . فلو استلحق صغيرًا ، فمات الصغيرُ ، وَرِثَه . ولو مات المستَلحَقُ وَرِثَه الصغير . بل لو مات الصغير أولًا ، وله ميراثٌ ، ثم استلحقه : قُبِلَ قولُه عندنا ، ولم يترك بسبب التهمة خلافًا لأبي حنيفة (٥) .

نعم لو مات بالغًا (٦) فاستلحقه : ذكر العراقيون وجهين (٧) ، ومال(٨ القاضي إلى أنه٨) لا

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « الثلاث » . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه يصح استلحاقُ الصبي بعد موته ، سواء كان له مالٌ أم لا ، ولا ينظر إلى التهمة .

مذهب الحنفية : أنه لا يصح استلحاقُ الصبي بعد موته ؛ نظرًا للتهمة إذا كان له مال .

انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤١٥) ، مغنى المحتاج : (٢ / ٢٦٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٠) .

(٦) في (أ) : « لو مات بالغٌ » .

(٧) قال في الروضة : « وإن كان الميتُ بالغًا فوجهان ؛ لأن شرطَ لُحُوقِ البالغ تصديقُه ، ولا تصديقَ بعد الموت ، ولأن تأخيره ربما كان خوفًا من إنكاره . والأكثرون على أنه يلحقه كالصغير . ومنعوا كونَ التصديق شرطا على الإطلاق ، بل هو شرط إذا كان المقرُّ به أهلًا للتصديق ، ولا اعتبارَ للتهمة كما سبق » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٠) .

(٨) في (أ) : « قال القاضي إنه » .

يقبل إذا خيَّره [1] إلى موته مع مصادفته حالةً يتصور تصديقُ المقَرِّ له [فيه] [2] يُوهِمُ كذبَه ، وهذا لا يليق بمذهب الشافعي – رضي اللّه عنه – . فإنه لا يَرُدُّ الأقاريرَ بالتهم ، نعم ، لو استلحق صغيرًا فبلغ وأنكر فيه وجهان :

أحدهما [3] : لا مبالاة بإنكاره ؛ إذ حكمنا بثبوت النسب وبالتوريث من الجانبين .

والثاني : يقبل وإنما كان ذلك حكمًا بشرط سلامةِ العاقبة كتصحيح [4] الأقارير والتصرفات في مرض الموت .

فرعان :

أحدهما : له [5] أَمَتان ، ولكلٍّ واحدةٍ منهما [6] ولدٌ ، ولا زوجَ لهما ، فقال : أحدُ هذين الابنين ولدي فقد ثبت نسبُ واحدٍ مبهمًا [7] ؛ فيطالب بالتعيين ، فإذا عيَّن تعيَّنَ وَعَتقَ ، وصارت الأمُّ مستولدة إن كان قد قال : هذا ولدي منها قد عَلِقَتْ به في ملكي ، وإن أطلق وقال : ولدي منها ، فقد ذكرنا فيه وجهين ، فإن مات قبل التعيين فتعيينُ الورثة كتعيين المورِّث [8] ، وإن [9] عجزنا عَرَضنا [10] على القائف [11] وتعيينُ القائف كتعينه في النسب والاستيلاد وسائر الأحكام ، فإن عجزنا عن القائف أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعتُه عَتَق ولم يثبت نسبُه ولا ميراثُه ؛ إذ لا عملَ للقرعة إلا في العتق ، وبينهما عِتْقٌ مبهم .

---

(١) في (أ) : « إذ تأخيره » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤١٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٥٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٠٩) .
(٤) في (أ) : « لتصحيح » .
(٥) قوله : « له » : ليس في (أ) .
(٦) قوله : « منهما » : ليس في (أ) .
(٧) في (أ) : « منهما » .
(٨) في (أ) : « الميت » .
(٩) في (أ) : « فإن » .
(١٠) في (أ) : « عرضناه » .
(١١) في (أ) : « القافَة » .

وهل يُقْرِعُ بين الأمتين ؟ وجهان [١] :

أحدهما : لا إذ أُمِّيةُ الولد والعتقُ به تَبَعٌ بسبب الولد ولا نسبَ .

والثاني : نعم ؛ لأن لهما نسبًا ، وإحداهما عتيقةٌ بحكم ذلك ، فيُقْرَعُ لأجْلِ العتق .

وهل يَقِفُ نصيبُ ابن من الميراث ؟ وجهان :

أحدهما : بلى ؛ إذ أحدُهما نسيبٌ .

والثاني : لا [٢] ؛ لأنه نسبٌ ميئوسٌ عن ظهوره والموالاة به فلا يُؤثِّر في التوريث .

الفرع الثاني : أمةٌ لها ثلاثةُ أولادٍ ، فقال السيد : أحدُ هؤلاء ولدي استولدتُها به في ملكي ، فهو إقرارٌ بأمية الولد ، ويُطَالبُ بالتعيين ، فإن عيَّن الأصغر ، عَتَقَ وثبت نسبُه . وإن عين الأوسط [٣] ثبت نسبُه وعتق الأصغرُ أيضًا وثبت نسبُه ؛ لأنه وُلِدَ على فراشه ، إلا إذا ادَّعى الاستبراءَ وقلنا : الولدُ ينتفي بمجرد [٤] دعوى الاستبراء في المستولدة ، وعند ذلك يُحْكَم بعتق الأصغر ؛ لأنه ولدُ المستولدة ولكن إذا عتقت المستولدة بموت السيد وفيه وجه : أنه لا يعتق ؛ لاحتمال أنه استولدها بالأوسط وهي مرهونةٌ ، وقلنا : لا ينفذ الاستيلادُ ، فبيعت وولَدتِ الأصغر في يد المشتري ثم اشتراهما المستولِدُ . وقلنا : يعود الاستيلادُ ، ولكن لا يتعدَّى إلى ولدٍ ولَدتْ [٥] في ملك الغير ، ثم اشترى الأصغرَ المولودَ في ملك الغير [٦] . والقائل الأول إن اعترف بهذا التفريع فيأتي دفع مطلق الإقرار بهذا التقدير البعيد .

---

(١) قال في الروضة : « وأما الاستيلاد فهو على التفصيل السابق ، فإن لم يوجد من السيد ما يقتضيه لم يثبت ، وإن وُجِد ، فهل تحصل أُمِّية الولد في أُمِّ ذلك الولد بخروج القرعة ؟ وجهان : أصحهما عند الإمام : لا تحصل . والثاني : تحصل ، وبه قطع الأكثرون » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤١٨) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٠) .

(٣) في (أ) : « الثاني » .

(٤) في (أ) : « لمجرد » .

(٥) في (أ) : « ولدته » .

(٦) في (أ) : « الأول » .

هذا إذا عينَّ قبل الموت ، فإن مات فوارثه أو القائفُ يقومون [١] مقامه . فإن عجزنا عنهم [٢] أُقْرِع بين الأولاد الثلاثة ، فإن خرج على الأصغر تعينَّ للعتق ، وإن خرج على الأوسط عَتق مع الأصغر ، إلا على تقدير الخروج على مسألة الردِّ [٣] .

قال المزني [٤] معترضًا على نص الشافعي - رضي اللّه عنه - : كيف يدخل الصغيرُ القرعة وهو حرٌّ بكل حال ؟ وما ذكره المزني خطأ ؛ لأنه يَدْ خُلُ في القرعة ؛ ليَخْرُجَ عليه ، فيقتصر العتقُ علي ، أو يخرج على غيره فَيعْتقُ هو مع غيره .

ثم قال الشافعي - رضي اللّه عنه - [٥] : لا تأثيرَ للقرعة في النسب ، والميراثُ مصروفٌ إلى الوارث المتيقَّنِ وِرَاثتُه .

قال المزني [٦] : وينبغي أن يُوقَفَ ميراثُ ابن ، وهو ظاهر القياس . ولكن الشافعي - رضي اللّه عنه - [٧] لم يَرَ الموقفَ بعد اليأس عن ظهور هذا النسب

* * *

---

(١) في (أ) : « يقومان » . وكلاهما صحيح على اعتبار أن الوارث قد يكون جماعة .

(٢) في (أ) : « عنه » .

(٣) في (أ) : « الراهن » .

(٤) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٢٩ ، ٣٠) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٠) .

(٥) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٣٠) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٠) .

(٦) انظر مختصر المزني : (٣ / ٢٩) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٠) .

(٧) انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤١٩ ، ٤٢٠) .

القسم الثاني : أن يُقِرَّ بالنسب على مُوَرِّثه

ومن له ولايةُ استغراقِ الميراث ، فله إلحاقُ النسب بمورثه سواءٌ انفرد أو كانوا جميعًا .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – [1] : لو خلف ابنًا واحدًا ، فأقرَّ [2] بأخٍ آخرَ : لم يَثْبُتْ إلا إذا كانا ابنين .وهو ضعيف ، فإنه إذا لم تُعتبر صفاتُ الشهودِ ، بل قَبْلَ قبولِ الأقارير ، فلا معنى للعَدَد .

ثم قال الأصحاب : يُعتبر إقرارُ الزوج والمولى المعتِقِ إذا كان من جملة الورثة ، ولا مبالاةَ بإقرار التقريب المحجور [3] بسببٍ من الأسباب ، وإن كان هو أقربَ إلى النسب ؛ لأنه مأخوذٌ من استحقاق الإرث . وفي الزوج والمولى المعتق وجه : أنه لا يُعتبر قولُهما .

والبنت الواحدةُ إذا أقرَّتْ ، وأقرّ معها إمامُ المسلمين ، ففي ثبوت النسب بقول الإمام وجهان : / ١٠٣/

أحدهما : نعم [4] ، كالمولى المعتق .

والثاني : لا ؛ لأنه (٥ غيرُ مستحق ٥) وإنما المستحق وجهةُ الإسلام ، فلا يُتصوَّرُ صَدْرُ [6] الإقرار منه [7] .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز لمن له ولايةُ استغراقِ الميراث أن يُلْحِقَ النسبَ بمورثه كأن يُقِرَّ بأخٍ له من أبيه وأمه ، أو بعمٍّ له فيكون ملحقًا نسبَه بجده ، وذلك سواء انفرد أو كانوا جميعًا .

ومذهب الحنفية : أن من مات أبوه وأقَرَّ بأخ له من أمه وأبيه ، لم يثبت نسبُ أخيه ويشاركه في الميراث ، ويثبت النسبُ إذا أقر أكثرُ من أخ بأخٍ آخرَ لهم .

انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١١ ، ١١٢ ، ١١٣). الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ١٣٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٣٧) .

(٢) في (أ) : « وأقر » .

(٣) في (أ) : « المحجوب » .

(٤) وهذا الوجه : هو الأصح ، كما في الروضة (٤ / ٤٢١) .

(٥) في (أ) : « ليس مستحقًّا » .

(٦) في (أ) : « صدور » .

(٧) في (أ) : « منها » .

أما إذا خلف ابنين ، فأقرَّ أحدُهما وأنكر الآخرُ : فالنسب لا يثبت قطعًا ، ونصَّ الشافعي – رضي اللّه عنه – [١] على أن الميراثَ لا يثبت ؛ لأنه فرْعُ النسب ، وعليه إشكالاتٌ قرَّرناها في مسائل الخلاف ، ولأجْلِه خرَّج ابن سريج وجهًا ؛ أنه يرث ، وذكر صاحب التقريب طريقين [٢] :

أحدهما [٣] : أن الميراثَ يثبت باطنًا ، وهل يثبت ظاهرًا ؟ وجهان .

والثاني : أنه [٤] لا يثبت ظاهرًا ، وهل يثبت باطنًا ؟ وجهان .

التفريع :

إن قلنا : يثبت الميراثُ على المقِرِّ . فإذا كانت [٥] التَّرِكَةُ ستَّمائة ، فيأخذ المقَرُّ له من المقرِّ كم ؟ وجهان :

أحدهما : مائةً وخمسين ، وهو نصفُ ما في يده ؛ لأنه اعترف له بالمساواة في كل شيء .

والثاني : مائةً ، وهو ثلثُ ما في يده [٦] ؛ فإنه مظلومٌ بالمائة الأخرى من المنكر .

[و] [٧] قال صاحب التقريب : هذا إذا كان المقِرُّ مجبرًا في القسمة ، فلو كان [٨] القسمةُ بالتراضي ، فقد تعدَّى بتسليم نصيبه إلى المكذب ، فَيَغْرَمُ له ، والقياس ما قاله .

فروع [سبعة] [٩] :

الأول : لو أقرَّ أحدُ الابنين بزوجية امرأةٍ لأبيه ، وأنكر الآخرُ ، فالظاهر : أنه لا يثبت الميراثُ كما في النسب وفيه وجه : أنه يثبت ؛ لأن المقصودَ بالإقرار ها هنا الإرثُ دون الزوجية .

---

(١) انظر : الأم : (٣ / ٢١٠) ، مختصر المزني : (٣ / ٢٧) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٣) .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٣ ، ٤٢٤) .

(٣) في (أ) : « أحدهما » وكلاهما صحيح ؛ إذ الطريق تذكر وتؤنث .

(٤) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « كان » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٣) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « كانت » ، وكلا التعبيرين صحيح لغويًا .

(٩) زيادة من (أ) .

الثاني : أقرَّ أحدُ الابنين ، وأنكر الآخرُ ، ومات المُنْكِرُ ، نظر ؛ فإن [كان] [١] خَلَفَ ابْنًا وهو مُقِرٌّ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يثبت الميراثُ [٢] ؛ لأن الاستغراقَ [٣] لهم ، وقد توافقوا .

والثاني : لا ؛ لأنه فرعٌ ، فليس له تكذيبُ أصْلِه . وهو يلتفت على أن الوارثَ هل يلتحق [٤] بمن نفاه المورِّثُ باللعان ؟

وإن [٥] لم يخلفا [٦] إلا الأخَ المقِرَّ ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالثبوت . ولو أنه مات قبل التكذيب فلا خلاف في أن الميراثَ يثبت بتوافق الباقين ؛ لأن التكذيبَ لم يَصْدُر منه بعد .

الثالث : خَلَفَ ابنَيْن صغيرًا وكبيرًا - فأقر الكبيرُ بأخٍ ثالثٍ ، وجهان [٧] : أحدهما : أنه [٨] لا يَثْبُتُ [٩] لا نسبٌ ولا ميراثٌ ؛ إذ الحقُّ لهما .

والثاني : نعم . يثبت ويُستدام بشرط أن لا يُنْكِرَ الصبيُّ إذا بلغ .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٥ ، ١١٦) .

(٣) في (أ) : « الاستقرار » .

(٤) في (أ) : « يلحق » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « يخلف » .

(٧) قال في الروضة : « وارثان ، بالغٌ وصغير ، فالصحيح : أن البالغ لا ينفرد بالإقرار . وفي وجه : ينفرد ويُحْكَم بثبوت النسب في الحال . وعلى الصحيح : يُنْتَظَرُ بلوغُ الصغير . فإن بلغ ووافق البالغَ ثبت النسبُ حينئذٍ . فإن مات قبل البلوغ ، نُظِر ، إن لم يخلف سوى المقر ثبت النسبُ حينئذٍ . فإن لم يجدد إقرارًا - وإن خلف ورثة سواهم - اعْتُبر موافقتُهم ، ولو كان أحدهما مجنونًا فكالصبي » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٢١ ، ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٥) .

(٨) قوله : « أنه » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٩) قوله : « لا » : ليس في (أ) ، (ب) .

الرابع : [إذا] [1] خلف ابنًا واحدًا ، فقال لمجهولٍ [2] : أنت ابْنُ أبي ، فقال : وأنت لسْتَ ابنًا له وأنا ابْنٌ له ، فوجهان [3] :

أحدها : أن المقِرَّ يُحْجَبُ ؛ لأن المجهولَ وارثٌ بقوله ، وهو منكِرٌ قولَه .

والثاني [4] : أنهما يشتركان ، ولا يُبَالَى بتكذيبه .

[5] وفيه وجه ثالث [5] : أن المكذبَ لا يستحق شيئًا ؛ لأنه أخرجه عن أهلية الإقرار بتكذيبه .

الخامس : أقر لاثنين بالأخوة ، فتكاذبا بينهما ، فوجهان :

أحدهما [6] : أنهم يشتركون ولا يُؤثِّر تكاذبهُما ؛ نظرًا إلى قول الأصل .

والثاني : أنهما لا يرثان ؛ إذ [7] لم يتوافقْ على إرثِ كلِّ واحدٍ منهما [8] الجميع .

السادس : إذا [9] أقرَّ الأخُ بابْنٍ لأخيه . قال الأصحاب : يثبت النسبُ دون الميراث[10] ؛ إذ لو ثبت الميراثُ لحُرِمَ الأخُ [عن الميراث] [11] ، وخرج عن أهلية

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قوله : « لمجهول » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فثلاثة أوجه » .

(٤) قال في الروضة : « أقر الابن المستغرقُ بأخٍ له مجهولٍ ، فأنكر المجهولُ نسبَ المعروف لم يتأثر بإنكاره نسبُ المشهور على الصحيح ، وفي وجه : يحتاج المقر إلى بينةٍ على نسبه ، وهو ضعيف ، ويثبت نسبُ المجهول على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٢ - ٢٦٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٦) .

(٥) في (أ) : « والثالث » .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٦٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١١٦) .

(٧) في (أ) : « إذ » .

(٨) قوله : « منهما » : ليس في (أ) .

(٩) قوله : (إذا) : ليس في (أ) .

(١٠) وهذا هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٣ ، ٤٢٤) .

(١١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

الإقرار، وصار دَوْرًا .

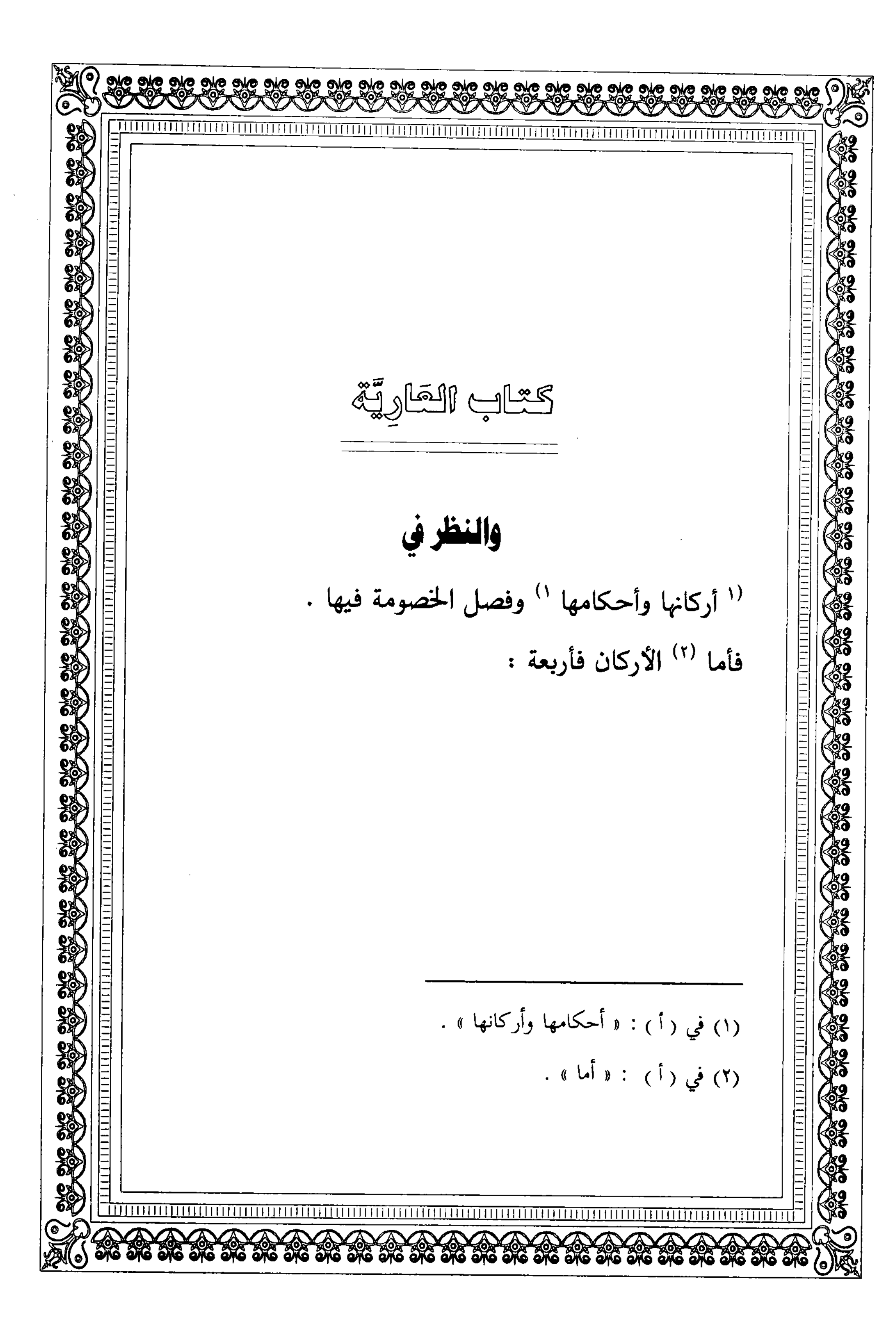
ومنهم من قال : يثبت النسبُ والميراثُ جميعًا . ومنهم من قال : لا يثبت النسبُ أيضًا مع الميراث .

السابع : إذا أقرَّ أحدُ الابنين بألف ، وأنكر الآخرُ ، والتركةُ ألفان . فيُؤْخَذُ من نصيب المقِرِّ خمسمائة ، أو ألفٌ ؟ فيه قولان :

أحدهما : ألفٌ ؛ مؤاخذةً له بموجب قوله ، في أنه لا يَنْفَكُّ جزءٌ من التركة بما [1] بقي من الدين شيءٌ . والثاني : يُكتفى بحصته ، والتوجيهُ مذكور في الخلاف .

---

(١) في (أ) : « ما » .



كتاب العَارِيَّة

والنظر في

(١ أركانها وأحكامها ١) وفصل الخصومة فيها .

فأما (٢) الأركان فأربعة :

---

(١) في (أ) : « أحكامها وأركانها » .

(٢) في (أ) : « أما » .



الأول : المعِير

ولا يُعتبر فيه إلا كونُه مالكًا للمنفعة ، غيرَ محجورٍ عليه في التبرع ؛ فإن العاريةَ تبرعٌ بالمنافع ، فيصح (١ من المستأجر ١) .

وللمستعير أن يستوفي المنافعَ بوكيله لنفسه ، وهل له أن يُعِيرَ ؟ فيه وجهان : أظهرهما : المنع [٢] ؛ لأن الإذنَ مخصوصٌ به ، فهو كالضَّيْف .

الثاني : المستعير

ولا يُعتبر فيه إلا أن يكون أهلًا للتبرع عليه

الثالث : المعار

ويعتبر فيه شرطان :

أحدهما : أن يكون [٣] منتفعًا به مع بقائه ، فلا معنى لإعارة الأطعمة . وفي [٤]

---

(١) في (أ) : « للمستأجر » .

(٢) ذكر في الروضة أن الصحيح المنع . انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٢٠) .

(٣) في (ب) : « أهلًا للتبرع » .

(٤) قال الحموي : « قوله في باب العارية : (وفي إعارة الدراهم والدنانير وإجارتها لمنفعة التزيين ، ثلاثة أوجه : أحدها : نعم ؛ لأن غرضَ التزيين من المقاصد . والثاني : لا ؛ لأنه غرضٌ بعيد ، والثالث : تصح الإعارة ؛ لأنها مبرةٌ ولا تصح الإجارةُ ؛ لأنها معاوضة ، فيستدعي منفعة متقومة ، وإن أبطلها ففي طريقة العراق : أنها مضمونة ؛ لأنها إعارةٌ فاسدة ، وفي طريقة المراوزة : أنها غير قابلة للإعارة فهي باطلة .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ يقتضي الفرقَ عندنا بين الفاسدة والباطلة وأنه ليس كذلك عند أبي حنيفة ، فإذا كان كذلك كان ما ذكره غير مستحسن ، فإنه ترَكَ اصطلاحَ مذهبه وعَدَل إلى اصطلاح مذهبِ الغير ، واستعمل في الإعارة المضمونة : كونها فاسدةً ، واستعمل غير ما هو قابلٌ للإعارة : كونها باطلةً ، فدل على أنه قصد بذلك الفرق .

قلت : عنه جوابان : أحدهما : أن الشيخَ لم يخالف اصطلاحَ مذهبه ، وإنما وقع استعمالُ لفظة الفاسد في الأول والباطل في الثاني على سبيل الاتفاق لا على قصد ترتيب اللفظة على المخصوص به . =

إعارة الدراهمِ والدنانير وإجارتهما لمنفعةِ [١] التزيين [٢] ، ثلاثة أوجه [٣] :

أحدها : نعم ؛ لأن غرضَ التزيين [٤] من المقاصد .

والثاني : لا ؛ لأنه غرضٌ بعيدٌ .

والثالث : يصح [٥] الإعارةُ ، لأنه [٦] مَبَرَّةٌ ، ولا يصح [٧] الإجارةُ لأنه معاوضةٌ فيستدعي منفعةً متقومة .

فإن أبطلناها ، ففي طريقة العراق : أنها مضمونةٌ [٨] ؛ لأنها إعارةٌ فاسدة . وفي طريق المراوزة : أنها غيرُ مضمونة ؛ لأنها غيرُ قابلةٍ للإعارة فهي باطلةٌ .

الشرط الثاني : أن يكون الانتفاعُ مستباحًا ، فلا يجوز إعارةُ الجواري للاستمتاع ، ولا للاستخدام إذا كان المستعيرُ غيرَ مَحْرَمٍ ، وكانت الجاريةُ في محلِّ الشهوة . فإن جرى ،

= والثاني : أنه إنما فعل ذلك لمّا كان بين الوجهين مغايرةٌ في المذهب أحبَّ أن يكون اللفظُ مغايرًا ؛ ليكون دالًّا على اختلاف المعنى ، وخصَّ الأولَ بالفاسد ، لأنه في معنى الصحيح ، ولذلك كانت مضمونة ، ولكن لمّا لم يكن في اصطلاح مذهبه ما يطابق به هذا الاختلاف عدل إلى اصطلاح أبي حنيفة واستعاره ؛ ليكون مطابقًا لذلك المعنى المطلوب ، وبه خرج الجواب .

(١) في (أ) : « لغرض » .

(٢) في (أ) : « التزيُّن » .

(٣) قال في الروضة : « الركن الثالث : المستعار ، وله شرطان ، أحدهما : كونه منتفعًا به مع بقاءِ عينه ، كالعبد ، والثوب ، والدابة ، والدار ، فلا يجوز إعارةُ الطعام قطعًا ، ولا الدراهم والدنانير على الأصح .

قال الإمام : ويجرى الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما . ثم السابق إلى الفهم من كلام الأصحاب : أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدراهم ، فأما إذا صرح بالإعارةِ للتزيين فينبغي أن يُقْطَع بالصحة ، وبه قطع المتولى ؛ لأنه اتخذ هذه المنفعةَ مقصودًا وإن ضعف » . انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٢٦ ، ٤٢٧) .

(٤) في (أ) : « التزين » .

(٥) في (أ) : « تصح » .

(٦) في (أ) : « فإنه » .

(٧) في (أ) : « ولا تصح » .

(٨) وهذا هو الصحيح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٢٧) .

فهو صحيحٌ ولكنه محظورٌ .

وكذا تُكْرَهُ استعارةُ أحدِ الأبوين للخدمة ، وكذا إعارةُ العبدِ المسلم من الكافر ، وتحرم إعارةُ الصيد من المحرِم .

الرابع : (١ صيغة الإعارة ١)

(٢ ولابد فيه ٢) من الإيجاب ، وهو قوله : أعَرْتُ . أو خُذْ ، أو ما يُفِيد معناه . ويكفي / القبولُ بالفعل ولا يُشترط اللفظُ كاستباحة الضِّيفان فلو قال : أعرْتُك حماري ١٠٣/ب لِتُعيرني فَرَسَك ، فهو إجارةٌ فاسدةٌ غيرُ مضمونة . ولو قال : اغْسِلْ هذا الثوبَ ، فهو استعارةٌ لبدنه لأجل العمل ، فإن كان الغاسلُ ممن يعمل بالأجرة ، فالظاهرُ : أنه يستحق الأجرةَ كما يستحق الحمَّامي والحلاق . والتعويلُ فيه على القرائن . ولهذا ذكر القاضي في المعاطاة في البيع وجهين لأجل القرائن .

أما أحكامها فثلاثة :

الأول : الضمان

قال رسول الله ﷺ : « العارية مضمونةٌ مؤدَّاةٌ (٣) » ، وقال أبو حنيفة ....

---

(١) في (أ) : « الصيغة » .

(٢) في (أ) : فلابد منها »

(٣) أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٩٤) كتاب البيوع باب في تضمين العارية (٣٥٦٢، ٣٥٦٥ ، ٣٥٦٦) كلهم في هذا المعنى . والترمذي : (٣ / ٥٦٥ ، ٥٦٦) (١٢) كتاب البيوع (٣٩) باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٥ ، ١٢٦٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٠١ ، ٨٠٢) (١٥) كتاب الصدقات (٥) باب العارية (٢٣٩٨ ، ٢٣٩٩) ، وأحمد في مسنده : (٣ / ٤٠١) ، والحاكم في المستدرك : (٢ / ٤٧) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٨ / ٢٩٩) حديث رقم : (١١٩٦٦ ، ١١٩٦٧ ، ١١٩٦٨) . وراجع : التلخيص الحبير ، (٣ / ٤٧ - ٥٢) حديث رقم : (١٢٥١ ، ١٢٦٦) .

- رحمه اللّه - (١) : إنها غيرُ مضمونة . ولا خلافَ أنها مضمونةُ الردِّ على المستعير .

ثم في كيفية الضمان ثلاثة أقوال (٢) :

أحدها : [أنه] (٣) يضمن بأقصى قيمتِهِ من يوم القَبْض إلى يوم التَّلَفِ كضمان المغصوب ، وعلى هذا يحدث (٤ وكذا المستعارُ في يده مضمونًا ٤) .

والثاني : أنهُ يُعتبر قيمتُه يوم القبض .

والثالث - هو الأصح - : أنه يُعتبر [قيمته] (٥) يوم التلف ؛ إذ في اعتبار يوم القبض ما يُوجِبُ ضمانَ الأجزاء المستحقَة بالاستعمال ، وضمانها غيرُ واجبٍ ؛ لأنها تَلِفَتْ بالإذن ، وفيه وجه بعيد .

والمستعيرُ من المستأجِرِ ، هل يَضْمَنُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا (٦) ؛ لابتناء يده على يدٍ غير مضمونة .

والثاني : نعم ؛ نظرًا إليه في نفسه .

والمستعيرُ من الغاصب يستقر عليه الضمانُ إذا تَلِفَ العينُ في يده . ولو طولب

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن العاريةَ مضمونةٌ ، فإذا تلف العينُ المعارةُ في يد المستعير ، ضمنها ، سواء تلف بآفة سماوية أم بفعله ، بتقصير منه أم لا .

مذهب الحنفية : أن العارية أمانةٌ فلا ضمانَ فيها إن هلكت إلا أن يتعدَّى المستعيرُ ، فيضمن قيمتها ساعة التعدِّي . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣١) مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٢٦) . مختصر الطحاوي : (١١٦) اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٥٢) .

(٢) ذكر في الروضة أنها أوجه . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٢) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « ولذا المستعارة مضمونًا في يده » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٢٨) .

بالأجرة ولم يكن استوفى المنفعةَ بل تلفت تحت يده يَرْجِعُ به [(١)] على المعير ؛ لأن يده في المنفعة ليس يدَ ضمانٍ . وإن [(٢)] كان استوفاه [(٣)] ففي الرجوع قولان :

أحدهما : نعم ؛ للغرور ، فإنه لم يَرْضَ بضمان المنافع .

والثاني : لا [(٤)] ؛ تغليبًا للإتلاف على الغرور .

وحَدُّ [(٥)] المستعيرِ : كلُّ طالبِ أخْذَ المالِ لغرضِ نفسِه من غير استحقاق . فعلى هذا لو جَمَحَتْ دابةٌ فأركبها رايِضًا ليُرَوِّضَها لهُ ، وأرسل وكيلًا في شغلٍ له وأركبه دابتهَ فتَلِفَت : لا ضمان [له] [(٦)] ؛ لأنه [(٧)] ليس آخذًا [(٧)] لغرض نفسه . ولو وجد من أعيا في الطريق فأركبه بطريق القُربةِ ، ففيه نظرٌ من حيث إن الراكبَ منتفعٌ ، ولكن الأظهر [(٨)] : أن لا ضمانَ لأن [(٩)] المالكَ هو المطالبُ [(١٠)] لركوبه ؛ ليقترب به [(١١)] إلى اللّه تبارك وتعالى .

---

(١) في (أ) : « بها » .
(٢) في (أ) : « ولو » .

(٣) في (أ) « استوفاها » .
(٤) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٣) .

(٥) قال الحموى : « قوله : (وحدُّ المستعير : كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق) .

قال المصنف : أورد بعض العلماء على هذا الحد ، وقال : هذا الحد ليس بصحيح فإنه يدخل في هذا الحد المرتهنُ والعاملُ في القراض ؛ فإنهما قبضا العين بمنفعتها من غير استحقاق .

قلت : حقيقة المنفعة أن ينتفع بها في حالة أخذه ، وذلك موجود في المستعير بخلافهما ؛ فإن انتفاعهما بالمال غيرُ ممكن في الحال وإنما يُؤَوَّل إليه على تقدير ، وأما قوله : (من غير استحقاق) فمعناه : لا يستحق المعيرُ على المستعير شيئًا بالاستعمال بخلافهما .

(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « لم يأخذ » .

(٨) قال في الروضة : « لو وجد من أعيا في الطريق فأركبه فتلفت الدابةُ ، فالمذهب : أنه يضمن ، سواء التمس الراكبُ أو ابتدأه المركب ، ومال الإمامُ إلى أنه لا يضمن وجعل الغزالي هذا وجهًا ، وزعم أنه الأصح ، والمعروف الأول ، وهو الصواب » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٣) .

(٩) في (أ) « فإن » .
(١٠) في (أ) : « الطالب » .

(١١) قوله : « به » : ليس في (أ) .

ولو أركب المالكُ مع نفسه رَدِيفًا ، فتلفت الدابة تحتهما ؟ قال الأصحاب [(١)] : على الرديف نصفُ الضمان . الأَوْلَى : أن لا يجب ؛ لأن الدابةَ في الملك ما دام هو راكبًا ، والرديفُ [(٢)] ضيفٌ كالضيف الداخل في الدار .

ولو أودعه ثوبًا وقال : إن شئت فالبسه عند الحاجة ، فهو قَبْلَ اللبس وديعةٌ وبعده عاريةٌ مضمونةٌ .

الحكم الثاني : التَّسلُّط على الانتفاع

وهو بقدر التسليط ؛ لأنه [(٣)] منتفعٌ بالإذن ، فإن تعين جهة المنفعة فلا كلام .

وإن تعدَّدَتْ ، كما إذا أعار أرضًا ، فإن عيَّنَ زراعةَ الحنطة - مثلًا [(٤)] - فله أن يَزْرَعَ ما ضَرُره مثْلُ ضررِ [(٥)] الحنطة ودونه [(٦)] ، ولا يزرع ما ضررُه فوقه . وإن أطلق فالظاهر [(٧)] : فسادُه ؛ إذ يتردَّدُ بين الغِراسِ والبناء والزراعةِ فهو غَرَرٌ ظاهر . وفيه وجه : أنه يصح ، ويتسلط على الكُلِّ ، ولو قال : انتفِعْ كيف شِئْتَ ، فوجهان [(٨)] من حيث إنه

(١) قال في الروضة : « ولو أركبه مع نفسه ، فعلى الرديف نصفُ الضمان ، ورأى الإمامُ أنه لا شيءَ عليه ، تشبيهًا بالضيف » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٣) .

(٢) في (أ) : « فالرديف » .

(٣) في (أ) : « فإنه » .

(٤) كلمة : (مثلًا) : ليست في (أ) .

(٥) كلمة : (ضرر) : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « أو دونه » .

(٧) قال في الروضة : « وإن كان ينتفع به بجهتين فصاعدًا ، كالأرض تصلح للزراعة والبناء والغراس ، وكالدابة للركوب والحمل ، فهل تصح الإعارة مطلقًا ، أم يُشترط بيانُ جهة الانتفاع ؟ وجهان . أصحهما عند الإمام ، والغزالي : الثاني ، وقطع الروياني والبغوي بالأول . قلت : صحَّح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٥ ، ٤٣٦) .

(٨) أصحهما : الصحة كما في مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٣٠) .

فَوَّضَ إلى مشيئته . ولو عيَّن الزراعةَ ، فالظاهر : الجواز [١] ، وإن لم يعين المزروع ؛ لأن الأمْرَ فيه قريبٌ . ولو عيَّن الغراسَ : فله أن يبني .

وكذلك بالعكس ؛ لتساويهما ، وقيل : لا ؛ لأن ضررَ الغراس في باطن الأرض ، وضررَ البناء [٢] في ظاهر الأرض [٢] ، فهما مختلفان في الجنس .

الحكم الثالث : الجواز

وللمعير الرجوعُ مهما شاء ، إلا إذا أعار لدَفْنِ ميتٍ ، فيمتنع نَبْشُ القبر سواءٌ كان الميت جديدًا أو عتيقًا ، إلى أن يندرس أثرُ المدفون ، فعند ذلك يفعل ما يريد .

وقبل الاندراس ، لو كان له فيه أشجارٌ فله السَّقْيُ بشرط أن لا يظهر الميت . وكذلك لو أعار جدارًا ليضع الجارُ عليهِ جذْعَه ، فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئًا ؛ إذ لا أجرةَ له حتى يُطالبَ به .

وفي هدمه بأرش النقض تصرفٌ في خاص ملكِ الجار في الجانب الثاني من الجِذْع .

فأما إذا أعار أرضًا للبناء والغراس مطلقًا ، فله الرجوعُ ، وليس له نقضُ ملكِ المستعير مجانًا ؛ لأنه محترمٌ وَضَعَه من غير عُدْوانٍ ، ولكن يتخيَّرُ المالكُ بين الثلاث خصال : بين أن يَبْقَى بأجرة ، أو يتملك البناءَ بقيمته [٣] أو يَنْقُضَ وَيَبْذُل أرْشَه ، والخيرةُ في التعيين للمالك ترجيحًا لجانبه ، فإنه معيرٌ . ولا حَقَّ للمستعير إلا أن لا يُضِيعَ ماليته .

ثم إذا رجع والبناءُ بعدُ لم يُرْفَعْ : جاز للمالك الدخولُ ولا يتصرف في البناء ، ولا

---

(١) قال في الروضة : « الثانية : إذا أعار للزراعة لم يكن له البناءُ ولا الغراسُ ، وإن أعار لأحدهما فله الزراعةُ ، وليس له الآخرُ على الأصح . قلت : حكى صاحبُ « المهذب » وغيره وجهًا : أنه لا يجوز الزرعُ إذا استعار للبناء ؛ لأن الزرع يُرْخِي الأرض ، بخلاف البناء . والصحيح : الجواز . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٣٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٦٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٣٠) .

(٢) في (أ) : « في الظاهر » .

(٣) في (أ) : « بالقيمة » .

يجوز للمستعير الدخولُ وتنزهًا [١] .

وهل يجوزُ مَرَمَّةُ [٢] الجدران [٣] ؟ فيه خلاف ، ووجه الجواز : أن حقَّه مضمونٌ عن التلف ، وفي المنع من [٤] العمارة تضييعٌ . ويجوز للمعير بيعُ الأرض وعليها [٥] بناءُ المستعير قبل التملك .

وهل يجوز للمستعير بيعُ البناء ؟ فيه وجهان [٦] :

وجه المنع : أنه معرَّضٌ للهَدْم إن أراد المعيرُ ، هذا إذا كانت الإعارةُ مطلقةً أو مقيدةً بالتأبيد .

فلو قال : أعرتُ سنةً ، فإذا مضت قَلَعْتُ البناءَ مجانًا ، فله ذلك ؛ اتباعًا للشرط ، ولو اقتصر على قوله أعرت سنةً ، لم يَجُز له النقضُ بعده مجانًا ، فكان يَحتمل أن يُحْمَلَ على طلب الأجرة بعده ، كما يحتمل الهدمَ والأصلُ حُرْمةُ مِلكه .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : فائدة التأقيت جوازُ القَلْع مجانًا . أما إذا أعارَ للزراعة ورَجَعَ قبل الإدراك [٧] ، فالمذهب [٨] : أنه يجب [٩] إبقاؤه إلى الإدراك [٩] ، [١٠] وليس له قَلْعُ الزرع [١٠] ، ولكن له أخْذُ الأجرة ؛ لأن هذا أقربُ الطرق ، بخلاف الغراس في الإجارة/ ١٠٤/أ

---

(١) في (أ) : « تنزهًا » بدون الواو .
(٢) في (أ) : « لمرمة » .

(٣) الأصح : أنه يجوز ، كما في الروضة : (٤/٤٣٨) ، مغني المحتاج : (٢/٢٧٢) ، نهاية المحتاج : (٥/١٤٠) .

(٤) في (أ) : « عن » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « عليه » ، والمثبت من (أ) .

(٦) أصح هذين الوجهين الجواز ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٠) .

(٧) في (أ) : « الإذن » .

(٨) انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٠ ، ٤٤١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤١) .

(٩) هذه العبارة موجودة بهامش الأصل ، ولكنها مطموسة ، فنقلتها من (أ) .

(١٠) ما بين القوسين ليس في (أ) ، وهو في نسخة أخرى كذا على هامش الأصل .

المؤقتة ، فإنه وإن صَبَرَ بقيةَ المدة افتقر إلى القلع [بعدها] [١] .

وفيه وجه للعراقيين : أنه لا يستحق الأجرة إلى الإدراك ، ووجه لصاحب التقريب : أنه يَقْلَعُ الزرعَ كالغراس ، أو لا يقلع الغراسَ كالزرع . وهو من [٢] تخريجه وتصرُّفه .

فرعان [٣] :

أحدهما : لو بادر المستعيرُ وقَلَع الغراسَ ، هل يلزمه تسويةُ الحُفَر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم [٤] ؛ ليَرُدَّ ما أَخَذَ كما أَخَذَ [٥] .

والثاني : لا ؛ لأن [٦] المأذونَ في الغرس مأذونٌ في القلع ، وقد حصل من المأذون فيه ، فصار كما لو تَلِفَتِ الدابةُ المستعارةُ أو تعبت [٧] بالركوب .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قوله : « من » : ليس في (أ) .

(٣) قال الحموي : « قوله فيه أيضًا : (فرعان : أحدهما : لو بادر المستعيرُ وقلع ، فهل يلزمه تسويةُ الحفر ، فيه وجهان : أحدهما : نعم ، ليرد ما أخذ كما أخذ . والثاني ، لا ؛ فإن المأذون له في الغراس مأذونٌ له في القلع وقد حصل المأذون ، فصار كما لو تلفت الدابةُ المستعارة للركوب) .

قال المضنف : جعل الشيخُ الدابةَ المستعارة أنه لا يضمنها إذا تلفت ، وقد ذكر أولًا أن العارية مضمونةٌ على إطلاقها ، لقوله ﷺ : « العارية مضمونة » وإذا كان كذلك فقد ذكر بعضُ العلماء أنها إن تلفت بآفةٍ سماوية كانت مضمونةً ، وإن تلفت بالاستعمال من غير تفريط لم يضمن ، غير أن الشيخ لم ينقل ، وإذا كان كذلك كان ما ذكره مخالفًا لما اختاره أولًا من قوله : العارية مضمونة .

قلت : أمكن أن يجاب عنه بأن يقال : ما ذكره الشيخ أولًا هو المختارُ عنده وعند معظم الأصحاب ، ثم ما ذكره ثانيًا هو حكايةُ مذهبِ ذلك القائل الذي قال : لا يلزمه تسويةُ الحفر ، وذلك محمول على ما إذا كانت دابةٌ قد تلفت في الجهة المأذون فيها ، ولعله هو الصحيح عند ذلك .

(٤) وهذا الوجه هذا الأصح ، كما في الروضة : (٤ / ٤٣٨) .

(٥) في (أ) : « لزمه » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « غابت » ، وفي نسخة أخرى : « غانت » ، كذا على هامش الأصل .

الثاني : إذا حمل السيلُ ونواةً لإنسانٍ إلى ملك غيره ، فأنبتت شجرةً ، فهل لمالك الأرض قَلْعُها مجانًا ؟ فيه وجهان ؛ لتعارض الحرمة في [1] الجانبين ، والأولى [2] : ترجيحُ مالكِ الأرض وتسليطُه على القلع .

* * *

(١) في (أ) : « من » .

(٢) قال في الروضة : « إذا حمل السيل حباتٍ أو نوًى إلى أرضه ، لزمه ردُّها إلى مالكها إن عَرَفه ، وإلا فيدفعها إلى القاضي . ولو نبتت في أرضه ، فوجهان :

أحدهما : لا يجبر مالكها على قلعها ؛ لأنه غيرُ متعدٍّ . فعلى هذا هو مستعير ، فننظر في النابت أهو شجرٌ أم زرع ؟ ويكون الحكمُ على ما سبق .

وأصحهما : يجبر ؛ لأن المالك لم يأذن ، فهو كما لو انتشرت أغصانُ شجرة في هواءِ دارِ غيره ، فله قطعُها » . انظر الروضة : (٤ / ٤٤١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤١) .

[و] [١] أما فصل الخصومة

فلها ثلاث صور :

الأولى : إذا قال راكبُ الدابة لمالكها : أعَرتِنيها ، فقال المالك : بل أجَّرْتُكها ، قال الشافعي - رضي اللّه عنه - [٢] : القولُ قول الراكب . ولو قال ذلك زارعُ الأرض لمالكها ؟ قال : القولُ قول المالك ، نصَّ عليه في المزارعة [٣] ، فاختلف [٤] الأصحابُ على طريقين [٥] ، أحدهما : قولان لتقابل الأصلين ، إذ يُمْكِنُ أن يقال : الأصلُ وجوبُ الضمان في المنفعة وعدمُ ما يسقطها ، أو [٦] الأصلُ [٧] عند طريان [٧] الإذن عدمُ [٨] الضمان .

ومنهم من قَرَّر التعيينَ وفَرّقَ بأن العاريةَ في الدواب ليس ببعيد وفي الأرض بعيدٌ ، وهذا الترجيح في مَظِنَّة تعارضِ الأصلين لا بأس به .

[التفريع] [٩] الأول :

إن قلنا : القولُ [١٠] قولُ المالك ، فيحلف على نفي الإعارة ولا يتعرض لإثبات الإجارة والمسمى ؛ فإنه مُدَّعٍ [١١] فيهما . ثم إذا حلف : أخذ أقلَّ الأمرين من المسمى أو أجرة المثل .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) انظر : الأم : (٣ / ٢١٨) ، مختصر المزني : (٣ / ٣٣) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٣، ٢٧٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٢) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٣ ، ٢٧٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٢) .

(٤) في (أ) : « واختلف » .

(٥) قال في الروضة : « وللأصحاب طريقتان : أحدهما : تقرير النصَّيْنِ ، واختاره القفال ؛ لأن الدوابَّ تكثر فيها الإعارةُ ، بخلاف الأرض . وأصحهما عند الجمهور ، وبه قال المزني ، والربيع ، وابن سريج : فيهما قولان ، أظهرهما : القولُ قولُ المالك » . انظر روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٢) .

(٦) في (أ) : « و » .

(٧) في (أ) : « عدم جريان » .

(٨) في (أ) : « الإذن في عدم » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) كلمة : « القول » : ليست في (أ) .

(١١) في (أ) : « مدعي » وهو خطأ .

وقال القاضي والعراقيون (١) : إنه يتعرَّض للإجارة فيحلف أنه ما أعار (٢) ولكنه أجَّرَ ؛ لينتظم الكلامُ لا ليُثْبِتَ الإجارة . وذكر العراقيون قولًا آخر : أن فائدته إثباتُ المسمي ؛ إظهارًا لفائدته وهو بعيد .

أما إذا نَكَل المالكُ ، قال العراقيون : لا يُرَدُّ على الراكب ؛ لأنه لا يدعي لنفسه حقًّا فينبني عليه القضاءُ بالنكول . قال القاضي : تُرَدُّ ، وفائدتهُ دَفْعُ الغريم (٣) ، وهو أقربُ من القضاء بالنكول .

فإن قيل : فلو تنازعا قبل مُضِيِّ مدةٍ تتقوَّمُ المنفعةُ [فيها] (٤) ؟ قلنا : القولُ قولُ الراكب في نفي ما يُدَّعَى عليه من الإجارة للمستقبل .

[الصورة] (٥) الثانية : أن يقول المالك : بل غَصَبْتَنِيها :

قال المزني (٦) : القولُ قول الراكب (٧) ؛ إذ الأصلُ عدمُ (٨ الغَصْبِ ؛ إحسانًا للظن بالناس . ثم خالفه أكثر الأصحاب وقالوا : الأصلُ عدمُ ٨) الإذن وبقاءُ حقِّ المالك في المنفعة .

وقيل : (٩ المذهبان قولان ٩) للشافعي ، والأَوْلَى : القولُ المخالفُ للمزني .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٢ ، ٤٤٣) .

(٢) في (أ) : « أثاره » .

(٣) في (أ) : « الغرم » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) انظر الأم : (٣ / ٢١٨) ، مختصر المزني : (٣ / ٣٣ ، ٣٤) ، روضة الطالبين : (٤ / ٤٤٣ ، ٤٤٤) .

(٧) في (أ) : « المالك » .

(٨) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « المذهب القولان .

الثالثة :

أن يقول الراكب : أكرَيْتَنِيها ، وغرضُه إسقاطُ الضمان عند التلف واستحقاقُ الإمساك ، فقال المالك : أَعَرْتُكها . فالقول قول المالك ، فإنه يَدَّعِي عليه إجارةً والأصلُ [1] عدمُها . ثم يستفيد بالحَلِفِ استحقاقَ القيمة عند التلف ، وجوازَ الرجوع عند القيام .

* * *

(١) في (أ) : « الأصل » . بدون الواو .



كتاب الغَصْب

الغصب عدوانٌ [محض] [1] ؛ لقوله ﷺ : « مَنْ غَصَبَ شِبْرًا من أرضٍ طوَّقه اللّهُ [2] من سَبْعِ أرَضِين يوم القيامة » [3] .

وهو سببٌ للضمان ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « على اليدِ ما أخذت حتى تَرُدَّ » [4] .

والنظر في الكتاب يحصره بابان :

(١) زيادة من (أ) .　　(٢) قوله : « اللّه » : ليس في (ب) .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ : « من ظلم قيد شبرمن الأرض طوقه من سبع أرضين » (٥ / ١٢٤) (٤٦) كتاب المظالم (١٣) باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض (٢٤٥٣) ، وطرفه : (٣١٩٥) ، ومسلم : (٣ / ١٢٣٠ - ١٢٣٢) (٢٢) كتاب المساقاة (٣٠) باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها (١٦١٠ ، ١٦١٢) ، والترمذي : (٤ / ٢٠ ، ٢١) (١٤) كتاب الديات (٢٢) باب ما جاء فيمن قُتِل دون ماله وهو شهيد (١٤١٨) ، وأحمد في مسنده : (١ / ١٨٧ - ١٩٠) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٨/ ٣٠٤) حديث رقم : (١١٩٧٣ ، ١١٩٧٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٥٣) حديث رقم (١٢٦٩) .

(٤) أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٩٤) كتاب البيوع باب في تضمين العارية (٣٥٦١) . ولفظه : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » . والترمذي : (٣ / ٥٦٦) (١٢) كتاب البيوع (٣٩) باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٦) وقال : حديث حسن صحيح ، وابن ماجه : (٢ / ٨٠٢) (١٥) كتاب الصدقات (٥) باب العارية (٢٤٠٠) بلفظ : « حتى تؤديه » . والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٨ / ٣٠٠) حديث رقم : (١١٩٦٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٥٣) حديث رقم : (١٢٦٧) .



الباب الأول : في الضمان

والنظر في ثلاثة أركان : الموجب ، والموجب فيه ، والواجب .

الركن الأول : الموجب للضمان

وهو ثلاثة : التفويت بالمباشرة ، أو التسبب ، أو إثبات اليد لغرضِ نفسه من غير استحقاق .

[أما] (١) الأول : [فهو] (٢) المباشرة : وحَدُّه إيجادُ علةِ التَّلَف ، كالقتل والأكل والإحراق .

ونعني بالعلة : ما يقال من حيث العادةُ : إن الهلاكَ حَصَل بها ، كما يقال حصل بالقتل والأكل والإحراق .

أما التسبب : فهو إيجادُ ما يَحْصُلُ الهلاكُ عهده (٣) ، ولكن بعِلَّةٍ أخرى إذا كان السببُ مما يُقْصَدُ لتوقُّعِ تلك العلة .

فيجب الضمانُ على المكرَهِ على إتلاف المال . والإكراهُ سببٌ . وعلى مَنْ حفر بئرًا في محلٍّ عدوانٍ إذا تردَّى فيه بهيمةٌ أو عبدٌ أو إنسانٌ (٤) ، فإن رَدَى (٥) فيه (٦) غيرُه فيه (٧) : فالضمان على المُرْدِي ، تقديمًا للمباشرة على التسبب كما (٨ في الممسك مع القابل ٨) في الحر .

أما في العبد ، فيطالب الممسك أيضًا ؛ لأنه بالإمساك غاصبٌ .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « عنده » ، وفي نسخة أخرى كذا على هامش الأصل .

(٤) في (أ) : « أو عبد لإنسان » . (٥) في (أ) : « رداه » .

(٦) قوله : « فيه » : ليس في (أ) . (٧) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « في الضمان مع المباشر » .

والمكره وإن كان مباشرًا ، فمباشرتُه ضعيفةٌ أنتجها الإكراهُ ، فلم يقدم عليه . أما إذا رفع حافظَ الشيء حتى ضاع لعَدَمِ الحافظِ بسبب آخر لا يُقْصَدُ برفع الحافظ : فلا ضمان عليه ، كما إذا فتح رأس الزِّقِّ فاتفق هبوب ريح بعده فسقط وضاع فلا ضمان ؛ لأنه لا يَقْصِدُ بفتح رأس [1] الزقِّ هبوبَ الريح والضياعَ به ؛ كما لو بنى دارًا فطيَّرت الريُح ثوبًا وألقاه في داره فضاع : لا يضمن .

وكذلك [2] لو حَبَسَ المالكَ عن الماشية ، فعاث الذئبُ فيها [3] ، وكذلك لو حمل صبيًّا إلى مَضْيَعَةٍ فاتفق ثَمَّ [4] سبعٌ فافترسه : فلا ضمان في الكل ؛ إذ لا مباشرةَ ، ولا يدَ ولا تسبُّبَ [5] ؛ إذ حَدُّ السبب [6] ما ذكرناه [7] .

نعم لو حمل الصبيَّ إلى مَسْبَعَةٍ ، أو فتح رأس / الزِّقِّ ، فشَرَقَت الشمسُ وذاب [8] ، فيه [9] ١٠٤ / ب وجهان ، لعل الأظهر [10] : وجوبُ الضمان ، فإنه يَقْصِدُ به ذلك ، كما أنا نقول : إذا غصبت الأمهات فنتجت الأولاد : حدثت من [11] ضمانه ؛ لأنه يُتوقَّعُ من إثبات اليد على الأمهات ثبوتُ اليد على الأولاد ، وكذلك لو غصب رَمَكَةً فأتبعها المُهْرُ : ففي دخوله في ضمانه تردد .

---

(١) كلمة : « رأس » : ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ولذلك » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « ثمة » .

(٥) في (أ) : « سبب » .

(٦) في (أ) : « التسبب » .

(٧) في (أ) : « ذكرنا » .

(٨) في (أ) : « فذاب » .

(٩) في (أ) : « ففيه » .

(١٠) ذكر النووي أن الأصح : وجوب الضمان إذا فتح رأسَ الزق وذاب ما فيه من شروق الشمس .

وقال في حمل الصبي إلى مسبعة : « ولو نقله إلى مسبعة فافترسه سبعٌ ، فلا ضمانَ أيضًا ، هذا هو المذهب ، والمعروف في كتب الأصحاب ، وذكر الغزالي فيه وجهين ، وليس بمعروف » .

انظر : الروضة : (٥ / ٥ ، ٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٣) .

(١١) في (أ) : « في » .

وأما [1] رفع القيد عن الحيوان سبب يقصد لإفلات الحيوان ، ولكن ينظر : فإن كان المقيَّدُ حيوانًا عاقلًا ، كالعبد ، فإذا أبَقَ : لا [2] ضمان ؛ لأنه مختارٌ ، فينقطع التسببُ [3] به وهو كما لو هَدَمَ الحِرْزَ فسُرِقَ المالُ : لا يضمن المالَ ، ولو دلَّ السُّرَّاقَ : لم يضمن .

فأما الحيوان الذي ليس بعاقل ، كالطير والبهيمة ، فإذا فتح بابَ القفص ، وحَلَّ رباط البهيمة فضاعت ، فالمذهبُ الظاهر : أنه إن طار [4] على الاتصال ضمن ، وإن كان [5] على الانفصال : لم يَضْمَنْ ؛ إذ يظهر [6] حَوالتُه عند الانفصال على [7] اختيار الحيوان [7] ، وعند الاتصال كأنه نَفَر بالتعرُّض للقيد .

وقال مالك - رحمه اللّه - : يضمن في الحالتين ، وهو قول الشافعي - رضى اللّه عنه - منقدح من حيث المصلحة .

وقال أبو حنيفة [8] - رحمه اللّه - : لا يضمن أصلًا ، وهو قول للشافعي - رضي اللّه عنه - حَوالة على الاختيار . والعبد المجنون من قبيل الدابة والطير .

---

(١) في (أ) : « أما » .

(٢) في (أ) : « فلا » .

(٣) في (أ) : « السبب » .

(٤) في (ب) : « كان » .

(٥) في (أ) : « طار » .

(٦) في (أ) : « تظهر » .

(٧) في (أ) : « الاختيار من الحيوان » .

(٨) **مذهب الشافعية** : أنه إذا فتح قفصًا عن طائرٍ وهيَّجه حتى طار : ضمن . فإن اقتصر على الفتح فقط ، فطار ، فثلاثة أقوال : أظهرها : إن طار في الحال ، ضمن ، وإلا فلا . والثاني : أنه يضمن مطلقًا سواء طار في الحال أو لا . وهو مذهب المالكية . والثالث : أنه لا يضمن مطلقًا ، وهو مذهب الحنفية .

انظر : مختصر المزني : (٣ / ٤٣) ، الروضة : (٥ / ٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٤) ، القوانين الفقهية : (٣٣٧) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٤٤٥) .

وفي العبد العاقل (١ المقيد الإباق ١) - أيضًا - ، وجه بعيد : أنه يضمن إذا حلَّ القيدَ عنه (٢) ، وهو ضعيف ؛ لأنه في معنى الممسك مع المباشر .

أما إذا فتح رأس الزِّقِّ فتقاطرت قطراتٌ من المائع إلى أسفل الزق وابتل وسقط : وجب الضمان ؛ لأن السقوطَ بالابتلال ، والابتلالُ بالتقاطرِ ، والتقاطُرُ بالفتح ، وهو طريق مقصودٌ له ومسلوك إليه ، بخلاف السقوط بهبوب الريح .

ولو فتح الزقَّ وفيه سَمْنٌ جامدٌ ، فَقَرَّب غيرُه منه (٣) نارًا حتى ذاب ، فقد قيل : لا ضمان على واحدٍ ، والأصح : أنه يجب الضمانُ على الثاني ، لأنه كالمُرْدِي مع الحافر .

هذا تفصيلُ السبب والمباشرة ، وتمام النظر فيه يذكر (٤) في كتاب الجنايات .

أما إثبات اليد : فهو سببٌ للضمان ،ومباشرتُه بالغصب (٥ في تسببه ٥) في ولدِ المغصوب ، فإن إثباتَ اليد على الأُمِّ سببٌ للثبوت على الولد ، فكان الولدُ مضمونًا (٦عندنا لذلك ٦) ، خلافًا لأبي حنيفة (٧) - رحمه اللّه - . فإنه قال : أُثْبِتُ اليدَ ولكن لم تَزُلْ (٨) يدُ المالك . والغصبُ عبارةٌ عن إزالة يد المالك ، وليس كذلك عندنا ، بدليل

(١) في (أ) : « الآبق » .
(٢) قوله : « عنه » : ليس في (أ) .
(٣) قوله : « منه » : ليس في (أ) .
(٤) في (ب) : « نذكره » .
(٥) في (أ) : « وسببه » .
(٦) في (ب) : « كذلك عندنا » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أن إثبات اليد العادية سببٌ للضمان ، وينقسم إلى مباشرة بأن يغصب الشيء فيأخذ من يد مالكه ، وإلى التسبب . وهو في الأولاد وسائر الزوائد ؛ لأن إثبات اليد على الأصول سببٌ لإثباتها على الفروع ، فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة فيكون الضمان في الجميع .

ومذهب الحنفية : أن الضمان في المغصوب فقط ، أما زوائدُ المغصوب وفروعه فهي أمانةٌ في يد الغاصب إثباتُ اليد على مال الغير على وجه يُزِيلُ يد المالك ، ويدُ المالك ما كانت ثابتة على زوائد المغصوب وفروعه حتى يزيلها الغاصب ، ومن ثم فلا ضمان على الغاصب في هلاك الزوائد والفروع إلا أن يتعدى ، أو يطلبها مالكُها فيمنعها منه ؛ لأنه بالمنع صار غاصبًا . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٧) اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤٤ ، ١٤٥) .

(٨) في (أ) : « يزل » .

أن المودَعَ إذا جحد [الوديعة] [1] لم يزل يد المالك ، بل [2] كان زائلًا [2] قبله .

وكذلك إذا طولب بولدِ المغصوب فجحد : ضمن ، وإن لم يتضمن جحودُه زوالَ يد المالك ، إذ لم يكن قَطُّ في ملكه [3] .

ثم إثباتُ اليد : في المنقول بالنقل ، إلا في موضع واحد ، وهو أنه لو أزعج المالكَ عن دابته فَرَكبَها ، أو عن فراشه وجلس عليه : فهو ضامن ؛ لأنه غايةُ الاستيلاء . وقيل : إنه لا يضمن ما لم يَنْقِل .

أما العقار : فيُضْمَنُ بالغصب [4] عند إثبات اليد عليه عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة [5] ، فإن قيل : فما حَدُّ الغصب في العقار ؟ قلنا : له ركنان :

الأول [6] : إثباتُ الغاصبِ يدَه ، وذلك لا يحصل إلا بالدخول في العقار .

والآخر : إزالة يد المالك ، وذلك يحصل بإزعاجه ، فإن أَزْعَجَ ولم يَدْخُلْ : لا [7] يضمن . وإن دخل ولم يزعج ، فإن قصد النظارة [8] أو [9] الزيارة : لم [10] يضمن ، وإن [11] قصد الاستيلاء : صار [12] الدار في يدهما ، فهو غاصبٌ نصفَ الدار .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « كانت زائلة » .

(٣) في (أ) ، وفي نسخة أخرى : « يده » كذا على هامش الأصل .

(٤) كلمة : « بالغصب » : ليست في (أ) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أن العقار مضمونٌ بالغصب عند إثبات اليد عليه ، فإذا هلك وجب الضمانُ على غاصبه .

ومذهب الحنفية : أنه إذا غُصِب عقارٌ فهلك في يد الغاصب ، فلا ضمان عليه ، وذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يضمن . انظر الروضة : (٥ / ٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٧٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٤٩ ، ١٥٠) ، مختصر الطحاوي : (١١٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٣٩) .

(٦) في (أ) : « أحدهما » .

(٧) في (أ) : « لم » .

(٨) في (أ) : « النضارة » .

(٩) في (أ) : « و » .

(١٠) في (أ) : « فلا » .

(١١) في (ب) : « فإن » .

(١٢) في (أ) : « صارت » .

ولو كان الداخل ضعيفًا ، والمالكُ قويًّا : لم يكن غاصبًا وإن قصد ؛ لأن مالا يمكن لا يُتصوَّرُ قَصْدُه ، وإنما هو حديثُ نفسٍ ووسوسةٌ .

وإن [١] كان المالك غائبًا وقصد : ضَمِنَ ، وإن كان يقدر على الانتزاع من يده ، كما إذا سلب قَلَنْسوةَ مَلِكٍ : فإنه غاصب ، وإنما ذلك قَدْرُه على إزالة الغصب . وفي العقار في هذه الصورة وجه : أنه لا يضمن .

فإن قيل : [٢] فلو أُثْبِتَتْ يدٌ على يد الغاصب وتلف فيها ؟ قلنا : كيف ما كان ، فالمالك [٣] بالخيار إن شاء ضمَّن الغاصبَ ، وإن شاء ضَمَّن مَنْ أخَذَ من الغاصب وإن كان جاهلًا ؛ لأن الجهلَ لا ينتهض [٤] عذرًا في نفي [٥] الضمان ، وقد وُجِدَ إثباتُ اليد على مال الغير من غير إذن المالك ، ولكن قرار الضمان على الغاصب إن كانت [٦] تلك اليدُ في وضعها يدَ [٧] أمانة ، كيَدِ المرتهن ويد [٨] المستأجر والوكيل والمودع ، وإن [٩] كان [١٠] يدَ ضمانٍ فالقرارُ عليه ، كيد العارية والسَّوْمِ والشراء .

وقال العراقيون : يدُ المرتهن والمستأجر ها هنا كيَدِ العارية ؛ لأن لهم غرضًا في أيديهم بخلاف المودع والوكيل بغير جُعْلٍ ، والأَوْلَى الطريقة الأُولَى .

نعم ، تردد الشيخ أبو محمد في يد المتَّهب ؛ لأنه [١١] وإن لم تكن يدَ الضمان فهو تسليطٌ تامٌّ [١٢] وهو يد الملاك [١٢] .

إلا أنا إذا ضمنَّاهم بأقصي القيم [١٣] ، وكانت القيمةُ زائدةً في يد الغاصب

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (ب) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « المالك » .

(٤) في (أ) : « ينهض » .

(٥) قوله : « نفي » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « كان » .

(٧) كلمة : « يد » : ليست في (أ) .

(٨) قوله : « ويد » : ليس في (أ) .

(٩) في (ب) : « فإن » .

(١٠) في (أ) : « كانت » .

(١١) في (أ) : « لأنها » .

(١٢) في (أ) : « فهو يد المالك » .

(١٣) في (ب) : « القيمة » .

ونقص[١] قبل أخذ الأجر [٢] ، فالزيادةُ لا يطالب بها إلا الغاصبُ .

ثم مهما [رجع] [٣] طولب بالأصل وهو [٤] مَنْ عليه القرار ، فهو الغرض ، وإن [٥] طولب غيرُه رَجعَ على [٦] من عليه القرار .

فإن قيل : فلو أتلف الآخِذُ من الغاصب ؟ قلنا : القرار عليه أبدًا ، إلا إذا غرَّه الغاصبُ ، وقدَّم الطعامَ إليه للضيافة فأكل [٧] ، ففيه قولان :

أحدهما [٨] : النظر إلى مباشرته .

والثاني : بل القرار على الغاصب ؛ لأنه غارٌّ .

ولو قدَّمه إلى المالك وغرَّه فأكله ؟ فقولان مرتبان [٩] ، وأولى بأن يُحَالَ على المالك ، حتى ذكر الأصحابُ تردُّدًا فيما إذا أودع المالكَ فتلف / تحت يده ، وأنه [١٠] ١٠٥/أ هل يَسْقُطُ الضمانُ ؟

ولو قال للمالك : اقْتُلْ هذا العبدَ فإنه لي ، فَقَتَلَ سقط الضمانُ عن الغاصب ، لأنه

---

(١) في (أ) : « ونقضت » .

(٢) في (أ) : « الآخر » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قوله : « وهو » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « عليه » .

(٧) في (أ) : » وأكل « .

(٨) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٥ / ١٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٧) .

(٩) قال في الروضة : « قُدِّم المغصوب إلى ملكه ، فأكله جاهلًا بالحال ، فإن قلنا في التقديم إلى الأجنبي : القرار على الغاصب ، لم يبرأ من الضمان ، وإلا فيبرأ ، وربما نصر العراقيون الأولَ . ونقل الإمام عن الأصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الأكل » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ١١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٧) .

(١٠) قوله : « وأنه » : ليس في (ب) ، وفي (أ) : « أنه » .

لا غرورَ مع تحريم القتل بخلاف الضيافة .

ولو قال : أعْتِقْ ، فأَعْتَقَ ؟ ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يَنْفَذُ العتقُ ؛ لأنه قصد به جهةَ الوكالة ، فهو [١] معذورٌ ، بخلاف ما إذا رأى عبدًا في ظُلْمَةٍ فظَنَّه [٢] [أنه] [٣] للغير ، فقال : أنت حرٌّ ، فإنه ينفذ ؛ لأنه غيرُ معذور [٤] .

والثاني [٥] : ينفذ العتقُ ولا يُطَالِبُ الغاصبَ بالغُرْم ؛ لأنه نفذ عتقُه في ملكه فلا معنى للغرم .

والثالث : أنه ينفذ العتقُ [٦] ويطالب بالغرم ؛ لكونه غيرَ [٧] معذور .

أما إذا زوَّج الجارية من المالك غرورًا [٨] فاستولدها : نفذ الاستيلاد قطعًا ؛ لأنه فِعْلٌ وقد صادف ملكَه .

ومنهم من شبب أيضًا فيه بخلاف .

* * *

---

(١) في (أ) : « وهو » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ظنه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) وفي نسخة أخرى : « مغرور » ، كذا في هامش الأصل .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥ / ١٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٥٨) .

(٦) كلمة : « العتق » : ليست في (أ) .

(٧) قوله : « غير » : ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « غررًا » .

الركن الثاني

[في] [1] الموجَبِ فيه ، وهو الأموال ، وينقسم إلى المنفعة والعين .

أما العين : فينقسم إلى الحيوان وغيره :

أما الحيوان [2] : فالعبد مضمونٌ عند الغصْب والإتلاف بكمال قيمته ، وإن زاد على أعلى الدِّيَات ، خلافًا لأبي حنيفة .

وجراحُ العبد من قيمته عند قطع أطرافِه ، كجراح الحرِّ من ديته في القول المنصوص [3] .

وعلى هذا إذا قطع الغاصبُ يَدَ عبدٍ فنقص [4] من قيمته ثلثاه : لزمته الزيادةُ ؛ لأنه فات تحت يده ، فيجب [5] السدسُ بحكم الغصب ، والنصفُ بحكم الجناية ، فيلزمه [6] أكثرُ الأمرين من الأرْش أو [7] قدر النقصان . فلو [8] سقطَتْ يدُ العبد بآفةٍ في يد الغاصب : فلا يضمن إلا أرش النقصان على [هذا] [9] المذهب [10] ، لأن التقديرَ خاصيتُه الجنايةُ .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قوله : (أما الحيوان: فالعبد عندنا مضمون بالغصب والإتلاف بكمال القيمة وإن زادت على أعلى الديات خلافًا لأبي حنيفة)

أقول : مذهب أبي حنيفة – رضي اللّه عنه – أن العبد مضمونٌ في الغصب بكمال قيمته ما بلغت سواء ، ولكن في الغصوب خاصة إذا مات في يده ، وإنما خالفنا في الجناية على العبد ، فعندنا إذا قَتَل رجلٌ حرٌّ عبْدَ غيره ضمنه القاتل بكمال قيمته وإن زادت على دية الحر ، فعند أبي حنيفة : إذا بلغت ديةَ حرٍّ نقصت منها عشرةُ دراهم ، فقول الشيخ : «إن العبد عندنا مضمونٌ بالغَصب والإتلاف بكمال قيمته وإن زادت على أعلى الديات خلافًا لأبي حنيفة غلطٌ على أبي حنيفة ووهمٌ عليه في العبد المضمون في الغصب كما فصلناه .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٢) . مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٠ – ٢٨١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٩) .

(٤) في الأصل : « نقص » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (ب) : « فتجب » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « فلزمه » .

(٧) في (أ) : « و » .

(٨) في (أ) : « ولو » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) انظر روضة الطالبين : (٥ / ١٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٥٩) .

ولذلك نقول : المشتري [١] إذا قطع يَدَي العبد المبيع ، لا نجعله قابضًا كمال العبد ؛ لأن خاصية [٢] الجناية لا يتعدّى إلى البيع .

أما سائر الحيوانات : فالمتَّبعُ فيها النقصانُ ، وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : في عين الفرس والبقر ربعُ قيمته [٣] ، وهو تحكُّم .

أما الجمادات : فكلُّ متموَّلٍ معصومٍ مضمونٌ .

أما الخمر : فلا يَضْمَنُ عندنا لا للذمِّيّ ولا للمسلم .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – [٤] : يضمن للذِّمّي .

وكذا الخنزيرُ والملاهي أيضًا – غير مضمونة ؛ فإنّ تكسيرَها واجبٌ .

نعم ، لا يتبع [٥] بيوت أهل الذمة ، ولكن إذا أظهروها كسرناها .

واختلفوا في حدّ الكسر المشروع ، فقيل : إنه لا تُحْرَقُ أصلًا ؛ إذ فيه إتلافُ الخشب ، ولكن يرخِّص [٦] ، وهو غاية المبالغة .

وقيل : إنه يكفي أن يفصل ، بحيث لا يمكن استعمالُه في المحرم ، ولا يكفي قطعُ الوَتَر بالإجماع .

وقيل إنه يرد إلى حد يفتقر [إلى] [٧] من يرده إلى الهيئة المحرمة إلى استئناف الصنعة التي يفتقر إليها المبتدئُ للصنعة ، وهذا هو الأقصد ، كذا القول في كسر الصليب .

---

(١) في (أ) : « للمشتري » . (٢) في (أ) : « خاصيته » .

(٣) في (أ) : « القيمة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن الخمر والخنزير ، لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي .

ومذهب الحنفية : أن الخمر والخنزير لا يضمنان للمسلم ، وإن استهلك المسلمُ خمرًا لذمي أو خنزيرًا له ضمن قيمتهما . انظر روضة الطالبين : (٥ / ١٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٥) ، نهاية المحتاج : (٥/ ١٦٧) ، مختصر الطحاوي : (١١٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤٥ ، ١٤٦) .

(٥) في (ب) : « تتبع » .

(٦) في (أ) : « يجب الترخيض » ، وفي (ب) : « ترخيض » . (٧) زيادة من (أ) .

أما المنفعة [(١)] : فيضمن بالتفويت والفوات تحت اليد العادية . و[لكن] [(٢)] من العبد وسائر الأموال ، والمكاتب والمستولدة ملحق [(٣)] في ضمان العين ، والمنفعة بالقِنِّ ! .

وأما [(٤)] منفعة البُضْعِ فلا يضمن [(٥)] باليد إنما يضمن بالإتلاف .

وأما منفعة بَدَنِ الحرِّ ، إن استخدمه إنسان : ضمنه ، وإن حبسه وعطَّله ، فوجهان ؛

---

(١) قال الحموي : « قوله : (أما المنفعة فتضمن بالتفويت والفوات تحت اليد العادية من العبد وسائر الأموال) إلى آخره قال المصنف : « ذكر الشيخ أن العدوانَ في الحد لا حاجة إليه على الإطلاق ، فإنه لو أودع إنسانٌ إنسانًا ثوبًا ، ثم إن المودع استعمل الثوبَ على اعتقادٍ منه أنه ثوبُ نفسه ثم بَانَ أنه الثوبُ المودَعُ : ضمنه ضمانَ الغصب ، وإن كان لم يحصل فيه العدوانُ ، وإن الذي ذكره وهو غير آثم بالاتفاق ، وإنما حدُّ الغصب هو الاستيلاء على حق الغير بطريق التعدي ، إذا ثبت هذا فاليدُ العادية تطلق تارةً على الفعل المحرم ، وتارة على الفعل المباح ، وإذا كان كذلك كان مرادُه بذلك وقوعَه عليها مأخوذًا من التعدية من حالة إلى حالة قال اللّه تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ولا شكَّ بأن المستوفي غيرُ آثم لما لا يخفى ، فإن قيل : ما ذكره الشيخ هو حدُّ الغصب ، واستعمال ذلك في المباح ويقع بطريق المجاز ، واستعمال الحدِّ في العدوان بمعنى الإثم حقيقةٌ فلا يصح ما هذا شأنهُ أن يكون حدًّا . قلت : وإذا كان كذلك إلا أنه لم يرد بالحد الحقيقي الجامع المانع الذي يدخل فيه ما لابد منه ويخرج عنه مالا عنه بدٌّ ، أراد به الذي يعم غالب الصور دون جميعها ويلحق به ما بقي أما عاما .

قيل : فما الفائدة في قوله : « تحت اليد ومعلوم أنه لو حصل ذلك بإزعاج السلطان وخرج صاحبُ اليد منها حصل الغصب ، وإن كانت الدار لم تدخل تحت يده حقيقة . قلت : اليد تطلق على معنيين : أحدهما : أن تكون تحت يده حقيقة ، وهو الغالب . الآخر : أن يكون تحت قدرته ، بمعنى : أن تمكنه أن تتصرف فيها إذا خرج مالكُها ولا يقدر مالك الدار على دفعه ، ويكون هذا كقوله تعالى : ﴿ والسمواتُ مطوياتٌ بيمينه ﴾ وإذا كان كذلك اندفع الإشكالُ . وعلى هذا يرد إشكال على حد العقار حيث قال : « وله ركنان : أحدهما : إثبات الغاصب يده ، وذلك يحصل بإزعاجه فإن أزعج ولم يدخل لم يضمن ، وإن دخل ولم يزعج بأن قصد الزيادة واقتصاره ، وإن قصد الاستيلاءَ صارت الدار في يدهما وهو غاصبٌ نصف الدار إلى آخره ، وهو محمول على غير السلطان ، وجوابه قد ذكرناه » .

(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « تلتحق » .
(٤) في (أ) : « أما » بدون الواو .
(٥) في (أ) : « تضمن » .

أحدهما : بلى ؛ للتفويت . والثاني : لا [١] ؛ لأنه فات تحت يدِ الحرِّ المحبوس .

وعلى هذا ينبني ما إذا أورد الإجارةَ على عينه ثم سلَّم نَفْسَه ولم يستعمله ؟

إن قلنا بالحبس يضمن ، فتستقر [٢] الأجرةُ ، وإلا فلا .

وكذلك لو استأجر حُرًّا فهل له إجارته ؟ .

إن قلنا : لا يدخل تحت يده فلا ، وإن قلنا : يضمن بالحبس لدخوله تحت يده فيصحُّ [٣] الإجارة .

ولو لبس ثوبًا وغَرِمَ أرش نقص البِلَى [٤] ، فهل يندرج تحته أجرةُ المثل ؟ وجهان [٥] .

وكذا لو غصب عبدًا فاصطاد فهو لمولاه ، فهل يسقط به أجرة منفعته لحصوله له ؟ وجهان [٦] [٧] .

وفي ضمان منفعةِ الكلب المغصوبِ وجهان [٨] .

ولو اصطاد بكلبٍ مغصوبٍ ، فالصيدُ للمالك على أحد الوجهين [٩] .

* * *

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥ / ١٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧١) .

(٢) في (ب) : « فيستقر » .

(٣) في (أ) : « فتصح » .

(٤) في (أ) : « اللبس » .

(٥) الأصح من هذين الوجهين : أنه تجب أجرةُ المثل بالإضافة إلى أرش النقص ، كما في الروضة : (٥ / ١٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧١) .

(٦) في (أ) : « فوجهان » .

(٧) أصح هذين الوجهين : أنه لا تسقط أجرة منفعته ، كما في مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٠) .

(٨) قال في الروضة : « ومنها منفعة الكلب ، فمن غصب كلبَ صيدٍ أو حراسةٍ لزمه ردُّه مع مؤنةالرد إن كان له مؤنة . وهل تلزمه أجرة منفعته ؟ وجهان ؛ بناءً على جواز إجارته » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ١٥) .

(٩) أصح هذين الوجهين : أن الصيدَ للغاصب وليس للمالك ، كما في الروضة : (٥ / ١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٠) .

الركن الثالث

[في] (١) الواجب ، وينقسم إلى المِثْلِ والقيمة :

أما المثل : فواجبٌ في كل ما هو من ذَوَات المثل (٢) .

وقيل في حَدِّه : إنه كلُّ موزونٍ أو مَكِيلٍ ، وهو باطلٌ بالمعجونات والمعروضات على النار .

وقيل : إنه كلُّ مُقدَّرٍ بالوزن والكَيْل يجوز السَّلَمُ فيه ، ويجوز بيعُ بعضه ببعض ، وهذا يَخْرُجُ منه العنبُ والرُّطَبُ ، وإخراجه عن المِثْلِيَّات بعيدٌ .

ويدخل فيه (٣ صَنجَاتُ الميزان ٣) ، والملاعقُ المتساوية في الصنعة الموزونة وليست مثليّة .

والصحيح (٤) : أنه الذي تتماثل أجزاؤه في القيمة والمنفعة من حيث الذاتُ لا من حيث الصنعة .

وفي المثليات ستُ مسائل :

الأولى : إذا أعْوزَ المثلُ رجعنا إلى القيمة ، فإن (٥) كانت القيمةُ قد اختلفت في مدة بقاء العين المغصوبةِ وبعدها ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أن الواجبَ أقْصَى قيمةِ المغصوب من يوم الغصب إلى [يوم] (٦) التّلَف ؛ لأنّا عجزنا عن المثل ، فصار كأن لا مِثْلَ له ، ويُرْجَعُ (٧) إلى قيمة المغصوب .

والثاني : أنا نوجب قيمةَ المثل ؛ لأنه الواجبُ ، فيراعَى أقصى القِيَمِ من وقت تَلَفِ

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « الأمثال » .

(٣) في (ب) : « صِنَج الموازين » .

(٤) الأصح من كل هذا : أن المثليّ هو كلُّ مقدر بالوزن والكيل مع جواز السلم فيه . انظر الروضة : (٥/ ١٨ ، ١٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٦١) .

(٥) في (ب) : « وإن » .
(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « فيرجع » . وفي (ب) : « فنرجع » .

المغصوب إلى [وقت] (١) إعواز المثل .

والثالث (٢) : أنه يُرْعَى أقصى القيمة من وقت الغصب إلى الإعواز ، وقيل : إلى وقت الطلب .

الثانية : إذا غَرِمَ القيمةَ ثم قَدَرَ على المثل ، ففي ردِّ القيمة وجهان / : ١٠٥ / ب

أحدهما : لا (٣) ، إذ قد تَمَّ القضاءُ بالبَدَل ، فصار كالصَّوْم في الكفارة .

والثاني : يردُّ ، كالعبد الآبق إذا رجع بعد الغُرْم .

الثالثة : إذا أتلف مِثليًّا فظفر به المالكُ في غير ذلك المكان : (٤ لم يطالبه بالمثل ؛ لأن مثلَه هو ما يُؤَدَّى في ذلك المكان ٤) ولكن إذا (٥) تعذَّر ذلك ، فيغرم في الحال القيمةَ بالحيلولة إلى أن يتيسَّر الرجوعُ إلى ذلك المكان ، بخلاف ما إذا مضى زمانٌ فإنّ إعادةَ الزمان الماضي غيرُ ممكن فاكتفينا بما ليس مثلًا .

وذَكَر الشيخ أبو محمد وجهًا : أنه يطالب بالمثل عند اختلاف المكان ، إلا إذا لم تكن (٦) له قيمةٌ ؛ كالماء على شَطِّ [دِجْلة] (٧) .

وذكر الشيخ أبو علي وجهًا : أنه إن كان (٨) القيمةُ مثلَه أو أقلَّ ، فله المطالبةُ ، وإن كان أكثرَ فلا ، والمشهور : الأول .

والدراهم والدنانير مِثليةٌ ، فيخرج على الوجه (٩) .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥ / ٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٦٣ ، ١٦٤) .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥ / ٢١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٣) .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) قوله : « إذا » : ليس في (أ) .

(٦) في (ب) : « يكن » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « كانت » .

(٩) في (أ) : « الأوجه » .

ولو غَصَبَ في [١] بلدةٍ وأتلف [٢] في بلدة ، فظفر به في ثالث [٣] ، وقلنا : لا يطالب بالمثل ، فله أن يطالب بقيمة أي بلدةٍ شاء من بلدتي [٤] الغصبِ والإتلاف ، وكذا يطالب بالمثل في البلدتين إذا ظفر به فيهما .

أما المُسْلَمُ إليه ، قال صاحب التقريب : لا يطالب بالقيمة أيضًا ؛ لأنه اعتياضٌ عن المسلم فيه [قبل قَبْضِه] [٥] ، وهذا فيه احتمالٌ ، فيمكن أن يقال : يؤخذ للحيلولة ولا تكون [٦] معاوضة ، فإن لم يقل ذلك فليثبتْ للمستحق فسخ ؛ لتعذّر الاستيفاء .

الرابعة : إذا كسَر آنيةً قيمتُها عشرون . ووزنُها عشرٌ ، فالنقرة من ذوات الأمثال ، ففيه وجهان [٧] :

أعدلهما [٨] : أن الوزنَ يُقَابَلُ بمثله ، والصنعةُ بقيمتها من غير جنسِ الآنية ؛ حذرًا [٩] عن الربا .

وفيه وجه : أنه لا يُبَالَى بالمقابلة بجنسه ، فيكون البعضُ في مقابلة الصنعة ، كما لو أفرد الصنعةَ بالإتلاف .

الخامسة : لو لم يوجد المثلُ إلا بأكثرَ من ثمن المثل ، ففي تكليفه ذلك وجهان [١٠] .

السادسة : لو اتخذ من الحِنطة دقيقًا ، وقلنا : لا مثلَ للدقيق ، أو من الرطب تمرًا ، وقلنا : لا مثل له .

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) في (أ) : « فتلف » .

(٣) في (أ) : « ثالثة » .

(٤) في (أ) : « بلدي » .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « يكون » .

(٧) ذكر في الروضة أنهم أربعةُ أوجهٍ ، وأن أصحها : أنه يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٢٣) مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٢ - ٢٨٣) .

(٨) في (ب) : « أحدهما » .

(٩) في (أ) : « حذارًا » .

(١٠) أصح هذين الوجهين : أنه لا يكلف ذلك ، كما في الروضة : (٥ / ٢٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٢) .

ففي طريقة العراق : أنه يلزمه الحنطةُ والتمرُ ؛ لأن المثلَ أقربُ .

والأوْلَى [(١)] : أن يُخيَّر بين المِثل والقيمة ؛ لأنه قوتُ كلاهما [(٢)] فأشبهَ ما لو اتخذ من المِثليِّ [(٣)] مِثليًا ؛ كالشَّيْرَجِ من السِّمْسِم ، فإنه يتخير بين المثلين .

القسم الثاني : المتقومات [(٤)] :

وفيه [أربع] [(٥)] مسائل :

الأولى : إذا أبَقَ العبدُ المغصوبُ : طولب الغاصبُ [(٦)] بقيمته ، للحيلولة [(٦)] ، ولا يَمْلِكُ العبدَ ، خلافًا لأبي حنيفة [(٧)] - رحمه الله - ، بل لو عاد العبدُ يجب ردُّه واستردادُ القيمة ، وما دام العبد قائمًا لا يصح الإبراءُ عن هذه القيمة ، ولا يُجْبَرُ المالكُ على أخذ القيمة ؛ لأنها ليس عينَ حقِّه .

وهل يَغْرَمُ قيمةَ المنفعة والزوائدِ الحاصلة بعد الضمان ؟

---

(١) قال في الروضة : « إذا تغير المغصوب ، فقد يكون متقومًا ثم يصير مثليًا ، وعكسه ، ومثليًا فيهما ، ومتقومًا فيهما . الحال الأول : كمن غصب رُطبًا وقلنا : إنه متقوم فصار تمرًا ، ثم تلف عنده ، فوجهان ، أحدهما - وبه قطع العراقيون - يضمن مثل التمر ؛ لأنه أقربُ إلى الحق ، وأشبههما وبه قطع البغوي : إن كان الرطبُ أكثرَ قيمة ، لزمه قيمته ؛ لئلا تَضِيعَ الزيادةُ ، وإن كان التمرُ أكثر أو استويا لزمه المثل ، واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر وقيمة الرطب » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٢) .

(٢) في (ب) : « كليهما » .

(٣) في (أ) : « المثل » .

(٤) في (أ) : « المقومات » .

(٥) زيادة من(أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بقيمة الحيلولة » . ، والمثبت من (أ) .

(٧) **مذهب الشافعية** : أن العبد المغصوب إذا أبق فيطالبُ المالكُ الغاصبَ بقيمته ؛ للحيلولة ، ولا يتملك الغاصبُ العبدَ الآبق إذا حضر بدفعه قيمتَه للمالك .

ومذهب الحنفية : أن الغاصبَ يتملك العبدَ إذا حضر ، إن كان دفع قيمته للمالك ، ولا سبيلَ للمالك عليه ، إلا أن المالك بالخيار بين ردِّ القيمة إلى الغاصب وارتجاع العبد المغصوب أو الاحتفاظ بالقيمة مع تملك الغاصب . انظر الروضة : (٥ / ٢٦) ، مختصر الطحاوي : (١١٨) ، اللباب في شرح الكتاب .

إن كان الغاصبُ هو الذي عيَّبه في شغله : غَرِمَ [1] ، وإن هرب العبدُ فوجهان ، وهو تردد في أن علائقَ الغصب هل تنقطع في الحال بالضمان ؟

ولو عاد العبدُ فهل للغاصب حبسُ العبد إلى أن يَرُدَّ إليه [2] القيمةَ ؟

قال القاضي : له ذلك ، وأسند [3] إلى نص [4] الشافعي [5] – رضي الله عنه – في غير المختصر .

وكذلك [6] قال : المشتري [7] إذا اشترى [7] شراء [8] فاسدًا يحْبِسُ المبيعَ إلى أن يُرَدَّ عليه الثمن ، وفيما ذكره احتمالٌ ظاهر .

الثانية : إذا تنازعا في تلف المغصوب :

قال بعض الأصحاب : القولُ قولُ المالك ؛ إذ الأصلُ عدمُ التلف .

وقال المحققون : بل القول [9] قول الغاصب ؛ فإنه [10] ربما صَدَقَ ، فتخليدُ الحبس عليه أبدًا [11] غيرُ ممكن . فإن حَلَف الغاصبُ على التلف ، فقد قيل : لا يُطالِبُ المالكُ الغاصبَ [12] بالقيمة ؛ لأن العينَ قائمةٌ بزَعْمِه ، فلا يستحق القيمة ، والأصح : أن له ذلك ؛ إذ تعذَّر بسبب الحلف الرجوعُ [13] .

أما إذا تنازعا في مقدار القيمة ، فالقول قول الغاصب قطعًا [14] ؛ لأن الأصلَ براءةُ الذمة .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « غرمه » .

(٢) قوله : « إليه » : ليس في (ب) .

(٣) في (أ) : « وأسنده » .

(٤) قوله : « نص » : ليس في (أ) .

(٥) انظر روضة الطالبين : (٥ / ٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٤) .

(٦) في (أ) : « ولذلك » .

(٧) قوله : « إذا اشترى » : ليس في (ب) .

(٨) في (ب) : « بشراء » .

(٩) قوله : « القول » : ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) : « لأنه » .

(١١) قوله : « أبدًا » : ليس في (أ) .

(١٢) قوله : « الغاصب » : ليس في (أ) .

(١٣) في (أ) : « للرجوع » .

(١٤) قوله : « قطعًا » : ليس في (أ) .

فإن أقام المالكُ شهودًا على الصفات دون القيمة : لم يَجُزْ للمُقَوِّمِين الاعتمادُ على الوصف في التقويم ؛ لأن المشاهدةَ هي المعرِّفةُ للقيمة .

نعم ، لو أبعد الغاصبُ في التقليل ، فيُطالَبُ بأن يترقَّى إلى أقلِّ درجةٍ محتملةٍ هذه[1] الصفات . وإن قال كلٌّ واحد منهما : لا ندري القيمةَ ، فلا تُسمع دعوى المالك ما لم يُعَيِّنْ ، (٢ ولا يمينَ على الغاصب ما لم يعين ٢) ، وإن[3] قال الغاصب : هو مائةٌ ، فأقام المالكُ شاهدًا أنه فوق المائة ، ولم يُعَيِّنُوا : قُبِلَت الشهادةُ في وجوب الزيادة على المائة ، وقيل : إنه لا تقبل .

الثالثة : إذا تنازعا في عيبٍ في أصل الخِلقة .

فالقول قول الغاصب : إذ الأصلُ عدمُ السَّلامة ، وقيل : لا بل الظاهرُ هو السلامة .

ولو اختلفا في صنعة العبد ، فالقول قول الغاصب .

وقيل : بل القول قول المالك ؛ لأنه أعرفُ بالصنعة ، وهو ضعيف .

الرابعة : إذا تنازعا في الثوب الذي على العبد المغصوب :

فالقول قول الغاصب ؛ لأن العبدَ وما عليه في يده ، فإذا قال : هو لي لم تَزُلْ يدهُ إلا ببيِّنة .

---

(١) في (أ) : « لهذه » .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

الباب الثاني

في الطوارئ على المغصوب [1] في نقصانٍ أو زيادة [1] أو تصرُّف

(وفيه ثلاثة فصول)

الأول : في النقصان

وفيه مسائل [أربع] [2] :

الأولى : إذا غَصَب شيئًا يساوي عشرةً فعادت قيمته إلى درهم فردَّ العَيْنَ : لم يلزمه ١٠٦/أ النقصانُ ، خلافًا لأبي ثور ؛ لأن الغائبَ هو / رغباتُ الفارس ، ولم يَفُتْ من العين شيءٌ .

وإن تلف بعد أن عاد إلى درهمٍ ؛ لزمه قيمتُه عشرةٌ إن كان من ذوات القيمة [3] ، وإلا فيشتري مثله بدرهم .

ولو غصب ثوبًا [و] [4] قيمتُه عشرةٌ فعاد إلى خمسة ، ثم لَبِسَه حتى عاد إلى أربعة ، فقد نقص باللُّبْسِ درهمٌ [و] [5] هو خُمْسُ الثوب : فالقَدْرُ الفائتُ يَغْرَمه بأقْصَى القِيمِ وهو درهمان خُمْسُ العشرة ، فيردُّهما [6] مع الثوب ، فما بقي اكتفي به ، وما فاتَ غرم بحساب أقصى القيم . [و] [7] هذا حكمُ الفوات والتفويت .

ولو جنى على ثوب فمزَّقه خِرَقًا : لم يَمْلِكِ الخِرَقَ عندنا ، ولكن يرد ما بقي مع أرْشِ النقص ، ليس للمالك سواه .

وقال أبو حنيفة [8] – رحمه الله – : الغاصبُ يملك الخرقَ ، ويضمن الكلَّ .

---

(١) في (أ) : « من زيادة أو نقصان » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « القيم » . (٤) زيادة من (أ) . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « ويردهما » . (٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٨) **مذهب الشافعية** : أن من غصب ثوبًا فمزقه قِطَعًا أو خِرَقًا ، فإنه لا يملك هذه الخِرَق ، ولكن عليه ردُّ ما بقي من الثوب مع أرش نقصانه ، وليس للمالكِ أن يجبره على أن يأخذ بقايا الثوب ويعطيه قيمتَه .

ومذهب الحنفية : أن من خَرَقَ الثوب خَرْقًا كثيرًا يبطل عامةَ منفعته ، تَملَّكه ، ويضمن جميعَ قيمته للمالك ، وإن كان الخرقُ يسيرًا كان صاحبه بالخيار بين أخذِه وأخذ أرشِ نقصانه أو تركه وأخذ قيمته صحيحًا .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢ ، ٣٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٨) ، مختصر الطحاوي : (١١٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤٠) .

هذا إذا كانت الجناية واقعة . فلو بلَّ الحنطةَ حتى استمكن العفنُ السَّاري منه :

قال الشافعي [١] - رحمه اللّه - : يتخير المالكُ بين أن يطالبه بالمثل ، أو يأخذ الحنطةَ المبلولة ، ويُغرِّمه الأرْشَ ، وهو خلاف قياس الشافعي - رضي اللّه عنه - ؛ إذ المبلولةُ لها قيمةٌ على [كل] [٢] حال وهو [٣] عينُ ملك المالك فليتعين [٤] له .

فخرَّج [٥] بعض الأصحاب قولًا [٦] كذلك ، وهو : أنه ليس له إلا الأرْشُ .

ومَنْ قرَّر النصَّ [٧] وَجَّه بأنه نقصانٌ لا موقفَ لآخره حتى يضبط ، وطَرَدَ هذا فيما لو اتخذ الحلْوةَ [٨] من الدقيق والسمن والفانيذ .

---

(١) انظر : الأم : (٣ / ٢٢٦) ، روضة الطالبين : (٥ / ٣٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٨) نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « وهي » .

(٤) في (أ) : « فيتعين » .

(٥) في (ب) : « وخرج » .

(٦) قال في الروضة : « الضرب الثاني : ماله سرايةٌ . لا يزال يسري إلى الهلاك الكلي ، كما لو بلَّ الحنطةَ وتمكَّن فيها العفنُ الساري ، أو اتخذ منها هريسة أو غصب سمنًا وتمرًا ودقيقًا وعَمِله عصيدةً ، وفيه نصوص وطرق مختلفةٌ تجمعها أربعةُ أقوال منصوصة :

أظهرها عند العراقيين : يجعل كالهالك ويغرم بدلَ كلِّ مغصوبٍ من مثل أو قيمة .

والثاني : يرده مع أرش النقص ، وليس للمالك إلا ذلك ، واختاره الإمام والبغوي .

والثالث : يتخير المالكُ بين موجب القولين ، واختاره الشيخ أبو محمد والمسعودي .

والرابع : يتخير الغاصب بين أن يمسكه ويغرمه ، وبين أن يرده مع أرش النقص .

قلت : رجَّح الرافعي في « المحرر » الأول أيضًا . واللّه أعلم » . انظر الروضة : (٥ / ٣٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٨٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٥) .

(٧) في نسخة أخرى : « النصَّيْن » كذا على هامش الأصل .

(٨) في (أ) : « الحلاوة » .

وتردد الشيخ أبو محمد في السُّلِّ والاستسقاء في العبد من حيث إنه لا وقوفَ له غالبًا إلى الهلاك ، فهو من وجه كالإهلاك .

أما إذا طحن الحنطةَ فلا وجه إلا [(١) الردُّ للدقيق (١)] ، فإن ليس بإهلاك وإن كان يُقصِّر مدةَ الادخار .

هذا في غير العبد ، أما العبدُ فيضمن الغاصبُ جملتَه بأقصى قيمته ، تلف أو أتلف .

وإن قطع إحدى يَدَيْه : غرم أكثر الأمرَيْن من أرش النقصِ [(٢)] أو مقدار اليد ، إن قلنا : إن [(٣)] أطرافَ العبد مقدرةٌ ، والزيادةُ على المقدَّرِ [(٤)] للفوات تحت يده .

ولو سقطت يدُه بآفةٍ سماويةٍ ، فالأصح : أنه لا يضمن المقدَّرَ ؛ لأن التقدير خاصيتهُ الجناية .

وإن قطع يدَ العبد في يد الغاصب غيرُ الغاصب ، فالمالكُ يتخيَّرُ فيطالب القاطعَ بالمقدر ، أو [(٥)] الغاصبَ بأرش النقص .

فإن زاد المقدار ، فهل يطالب الغاصبَ بتلك الزيادة ؟ فيه وجهان [(٦)] منشؤهما [(٧)] : أنه وجب بجناية ولكن من غيره في يده .

ولو قُطِعَتْ يدُ العبد قصاصًا أو في حَدٍّ ، فهو من حيث إنه مهدَرٌ يضاهي السقوطَ بآفة ، ومن [(٨)] حيث إنه قطْعٌ يضاهي الجنايةَ : ففي لزوم المقدر على الغاصب تردُّد .

فرع :

لو قُتِلَ العبدُ قتْلَ قصاصٍ ، فاستوفى السيدُ القصاصَ : لم يَبْقَ له على الغاصب

---

(١) في (أ) : « رد الدقيق » .
(٢) في (أ) : « النقصان » .
(٣) قوله : « إن » : ليس في (أ) .
(٤) في (أ) : « المقدار » .
(٥) قوله : « أو » : ليس في (أ) .
(٦) الأصح من هذين الوجهين : أنه يطالب ، كما في الروضة : (٥ / ٣٨) .
(٧) في (أ) ، (ب) : « منشؤه » .
(٨) في (أ) : « من » بدون الواو .

مطالبةٌ بقيمته [١] ، وإن كان قيمةُ العبد القاتلِ أقلَّ ؛ لأنه بالاستيفاء كأنه استردَّ ، فهو في حقِّ الغاصب كالاسترداد .

ولو كان تعلَّق برقبةِ [٢] العبد مالٌ ، فهو في حقِّ مستحق المال كالموت ؛ حتى لا يجب على السَّيد الفداءُ (٣ بأن قتل قاتله ٣) ؛ لأن غرضَ القصاص يَعُمُّ أعراضَ المالية . [وهل له أن يعفو على غير مال ؟ يُبْنَى على القولين في موجب العمد] [٤] .

المسألة الثانية : إذا نقص العبدُ ؛ بأن جنى جنايةً استحق عليها القصاصُ فقُتِلَ : كان للسيد مطالبةُ الغاصب بأقصى قيمته [٥] ؛ لأنه مات بجنايةٍ تحت يده .

ولو تعلق الأرشُ برقبته ، فيغرم الغاصبُ للمجنيِّ عليه أرشَ الجناية ، كما يغرمه [٦] المالكُ إذا منع البيعَ ، وكأن الغاصبَ مانعٌ .

فإن مات العبدُ في يده بعد الجناية : يغرم [٧] للمالك قيمته ، وللمجنيِّ عليه الأرش ، فإن سلَّم القيمةَ أولًا كان للمجنيِّ عليه أخْذُ القيمة [٨] من المالك ؛ لأنه بَدَلُ عبْدٍ تعلَّقَ برقبته حقُّه ثم إذا أخذه المجنيُّ عليه رجع المالكُ بما أخذه على الغاصب ؛ لأنه لم يُسلّم له .

المسألة الثالثة : إذا نقلَ التراب من أرض المالك ، وتَلِف الترابُ فهو من ذوات الأمثال ، وإن [٩] كان باقيًا ،، فله أن يطالبه بالردِّ وتسويةِ الحَفْر ، فإن أبي المالكُ لم يكن للغاصب (١٠ أن ينقل ١٠) الترابَ إلى ملكه بغير إذنه ، فإنه تصرفٌ في ملكه ، إلا إذا

---

(١) في (أ) : « بقيمة العبد » .

(٢) في (أ) : « برقبته » .

(٣) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « القيمة » .

(٦) في (أ) : « يغرم » .

(٧) في (أ) : فيغرم » .

(٨) في (أ) : « الأرش » .

(٩) في (أ) : « فإن » .

(١٠) في (أ) : « نقل » .

كان يتضرَّر بالتراب بكونه في ملكه أو في شارع يخاف أن يَتعثَّرَ به غيرُه ويضمن ، فله أن يردَّ إلى ملكه (١ إن لم يَجِدْ ١) مكانًا آخر .

وقد نقل العراقيون من نص الشافعي - رضي الله عنه - : أنه يجب أرشُ نقصان الحفر على الغاصب ، وفي البائع إذا أحدث (٢) الحفرَ بقلع أحجارٍ كانت له فيه (٣) ، أنه يلزمه التسويةُ ، ثم ذكروا طريقين (٤) :

أحدهما : قولان : بالنقل والتخريج ، أحدهما : لا ، من حيث إنه (٥) مقابلةُ فعل بمثله ، فهو بعيد ؛ كتكليف (٦) بناء الجدار بعد هَدْمِه ، والثاني : بلى ؛ لأن التسوية كما كان ممكنٌ ، والبناء يختلف .

والطريقة الثانية : الفرق تغليظًا على الغاصب في مطالبته بالأرش بعُدْوانِه (٧) .

أما إذا حفر بئرًا في داره ، فللغاصب طَمُّها (٨) ؛ لأنه في عُهْدِة الضمان لو تردَّى فيها (٩) إنسانٌ ، فلو قال المالك : أبرأتك عن الضمان ، فهل ينزل ذلك منزلةَ الرضا بالحفر ابتداءً فيه (١٠) في سقوط الضمان ؟ وجهان :

---

(١) قوله : « إن لم يجد » : مكرر في (أ) . (٢) في (أ) : « حدث » .

(٣) في (أ) : « فيها » .

(٤) قال في الروضة : « هذا الذي ذكرناه من أول الفصل إلى هنا هو المذهب والذي يُفْتى به ، ووراءه تصرفٌ للأصحاب قالوا : نص هنا : أنه يجب أرشُ النقص الحاصل بالحفر ، ولم يوجب التسوية ؛ لأنه نصَّ على ذلك فيما إذا غرس الأرضَ المغصوبة ثم قلع بطلب المالك . ونصَّ فيما إذا باع أرضًا فيها أحجار مدفونة فنقلها : أنه يلزمه التسوية . فقيل قولان فيهما ، وقيل بتقرير النصين ، والفرق ضعيف . وكلام الغزالي يوهم ظاهرُه خلاف ما ذكرناه ، فلْيُتَأَوَّلْ على ما بَيَّنَّاه » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١) .

(٥) في (أ) : « أن هذا » . وفي نسخة أخرى : « أن هذا » ، كذا على هامش الأصل .

(٦) في (أ) : « كتلف » . (٧) في (أ) : « لعدوانه » .

(٨) في (أ) : « « طَمُّه » . (٩) في (أ) : فيه » .

(١٠) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

فإن قلنا : نعم ، فليس له طَمُّها [١] ، وإلا فله ذلك ؛ نفيًا [٢] للعهدة .

المسألة الرابعة : إذا أخصى الغاصبُ العبدَ : يلزمه كمالُ قيمته .

فإن سقط ذلك العضو بآفةٍ [سماوية] [٣] فلا يلزمه شيءٌ ؛ لأن القيمةَ تزيد به [٤] ولا ينقص . وكذا إذا كان سمينًا سمنًا مُفرِطًا ، فنقص بَعْضُه وزادت به قيمتُه : لم يلزمه شيءٌ .

وإن أخذ زيتًا وأغلاه [٥] حتى ردَّه / إلى نصفه ، ولم تَنْقُصْ قيمتُه : يلزمه مثلُ ما نقص ؛ لأن له مثلًا بخلاف السمن . ١٠٦/ب

ولو [٦] أغلى العصيرَ حتى نقص وزنُه وزادتْ قيمتُه ، فيجب مثلُ ما فات .

وقال ابن سريج : لا يجب [٧] ؛ لأن الفائتَ هو المائيةُ [٨] التي لا قيمةَ لها بخلاف الزيت ، فإن جميعَ أجزائه متقوَّمةٌ .

ولو هُزِلَت الجاريةُ ثم عادت سمينةً ، أو نسيت الصنعةَ ، ثم عادت [٩] وتعلم أو تذكر [٩] ،

---

(١) في (أ) : « طمه » .

(٢) قوله : « نفيًا » : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قوله : « به » : ليس في (ب) .

(٥) في (أ) : « فأغلاه » .

(٦) في (أ) : « وإذا » .

(٧) قال في الروضة : « ولو غصب عصيرًا فأغلاه ، فطريقان : أحدهما : أنه كالزيت فيضمن مثلَ العصير الذاهب إذا لم تَنْقُصْ قيمتُه على الأصح .

وأصحهما : لا ، فلا يضمن مثل العصير الذاهب إذا لم تنقص قيمته ؛ لأن الذاهب مائيَّته ، والذاهب من الزيت زيتٌ . ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلًّا ونقصت عينُه دون قيمته » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٧٩) .

(٨) في (أ) : « الماية » .

(٩) في (أ) : « وتعلمت وتذكرت » .

ففي وجوب ضمانِ ما فات وجهان [1] .

أحدهما : أنه [2] يجب ، وإنما العائدُ رزقٌ جديد .

والثاني : أنه ينجبر [3] به ؛ لأنه ردَّ كما أخذ .

وفي التذكُّر أولى بأن ينجبر [4] ؛ لأنه عاد ما كان بالتذكر ، بخلاف السمن ، وكذا لو كسر الحَلْيَ ثم أعاد مثلَ تيك [5] الصنعةِ ، فعلى الخلاف .

ولو أعاد صنعةً أخرى لا ينجبر وإن كان أرفعَ مما كان ، حتى لو غصب نُقْرَةً قيمتُها درهمٌ ، واتخذ منه حَلْيًا قيمتُه عشرةٌ ، وجب ردُّ الحَلْيِ ولا يتَقوَّمُ له صنعةً ؛ لأنه متعدٌّ بها ، وللمالك أن يُجْبِرَه على الكسر ، والردِّ إلى ما كان .

فإن [6] نقص بكَسْرِه قيمةُ النُّقْرةِ : غرم النقصانَ فلا يغرم نقصانَ الكسر ؛ فإنه مجبرٌ عليه ، ولو كسر [7] بنفسه دون إجبار : غَرِمَ وإن كان من صَنعته ؛ لأنه صار ملكًا للمالك تبعًا للنقرة .

ولو غصب عصيرًا فصار خمرًا : غرم العصيرَ بمثله لفوات ماليته ، فلو انقلب خَلًّا فوجهان :

أحدهما : أنه يطالبه بمثل العصير ، والخلُّ أيضًا له ، وهو رزقٌ جديد .

---

(١) ذكر النووي أن الوجه الأول هو الأصح ، إذا هزلت الجارية ثم عادت سمينة .

أما إذا نسيت الصنعة ثم تذكرت أو تعلمت ، فالوجه الثاني : هو الأصح .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٠) .

(٢) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « يجبر » .

(٤) في (أ) : « يتخير » .

(٥) في (أ) : « تلك » .

(٦) في (أ) : « كان » .

(٧) في (أ) : « كسره » .

والثاني : أنه يستردُّ الخلَّ وأرْشَ النقصان إن نقص قيمةُ الخلِّ من [1] العصير ، وهذا أعدل [2].

ومثلُ هذا الخلاف جارٍ في البيضة إذا تفرَّخَتْ ، والبَذْرُ إذا تَعفَّن وصار [3] زَرْعًا ، والأصلُ الاكتفاءُ بالزرع والفَرْخ ؛ لأنه استحاله في عين ملكه .

ولو غصب خمرًا فتخلَّل في يده ، أو جِلْدَ مَيْتَةٍ فدَبَغه ، ففي الجلد والخلِّ ثلاثةُ أوجه : الأصح : أنه للمغصوب منه .

والثاني : أنه للغاصب ؛ إذا حدثت الماليةُ بفعلِهِ .

والثالث : أن الجلدَ للمغصوب منه ، فإنّ اختصاصَه به كان محترقًا بخلاف الخمر [4] .

* * *

---

(١) في (أ) : « عن » .

(٢) ذكر في الروضة أنه الأصح . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤٤ ، ٤٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٠ ، ١٨١) .

(٣) في (أ) : « فصار » .

(٤) في (أ) : « الخمر » .

الفصل الثاني : في الزيادة

وفيه خمس مسائل :

الأولى : زيادةُ الأثر : كما إذا غصب حنطةً فطحنها ، أو نُقْرَةً فصاغها ، أو ثوبًا فقصَّره أو خاطه ، أو طِنًّا فضربه لبنًا : فلا يملك الغاصبُ بشيء من ذلك .

وقال أبو حنيفة (١) - رحمه الله - : إذا أبطل أكثرَ منافعه مَلَكَه ، ثم لا يصير الغاصبُ شريكًا بسبب الصنعة ؛ لأنه عدوانٌ لا قيمةَ له فهو للمالك ، وللمالك أن يجبره على إعادته إلى ما كان إن أمكن [ذلك] (٢) ، أو تغريمِه (٣) أرْشَ النقصان إن نقص .

الثانية (٤) : زيادة العين ، بأن غصب ثوبًا قيمتُه عشرةٌ وصَبَغَه بصِبْغٍ من عنده

(١) **مذهب الشافعية** : أن العين المغصوبةِ إذا تغيرت بفعل الغاصب ، وذلك كمن غصب حنطةً فطحنها ، أو غصب شاةً فذبحها وشواها ، فلا يملك الغاصب شيئًا من ذلك بل يرد ما هو قائمٌ مع أرش النقص إن نقصت القيمة .

ومذهب الحنفية : أن العين المغصوبة إذا تغيرت بفعل الغاصب حتى زال اسمُها وأعظم منافعها ، زال ملك المغصوب منه عنها ، ومَلَكها الغاصبُ ، وضمنها .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٥ ، ٤٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤١) .

(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « تغريم » .

(٤) قال الحموي : « قوله : (الثانية : زيادة العين ، فإذا غصب ثوبًا قيمته عشرةٌ وصَبَغه بِصْبغ من عنده قيمته عشرة ، قال : فإن كان الثوب يساوي عشرين : فهو منهما ، وإن وجدنا زبونًا يشتريه بثلاثين : فهو بينهما ، وإن بِيعَ بخمسة عشر : فلصاحب الثوب عشرةٌ وللغاصب خمسة ، وإن لم يُشْتَرَ إلا بعشرة : فالكل لصاحب الثوب ، وإن لم يُشتَرَ إلا بثمانية : فهي لصاحب الثوب ويغرم الغاصب وله درهمان ، وهكذا التفصيلُ لو طيرت الريحُ ثوبًا وألْقته في إجانة صباغ) .

أقول : الوهم في هذا الفصل في قوله : (وهكذا التفصيل إذا طيرت الريح ثوبًا وألقته في إجانة صباغ) فإن هذا الإطلاق غلطٌ ؛ إذ من جملة التفصيل المذكور في الغصب ما إذا نقص بالصبغ ولم يُشتَرَ إلا بثمانية ، فإن الغاصبَ يغرم لصاحب الثوب درهمين ولا خلاف أن الأمر ليس كذلك في مسألة الريح ، فإنما مرادُه بالتفصيل في حالة الزيادة والتساوي والتسوية بين المسألتين فهما دون حالة النقصان ، إذ لا خلاف أنه لو نقصت قيمةُ الثوب بالصبغ لما طيره الريح ، أنه لا يضمن صاحبُ الصبغ النقصَ ؛ لأنه لا تفريط من جهته ، بخلاف مسألة الغصب فإنه متعدٍّ بغصب الثوب وبصبغه أيضًا ، فلزمه ضمانُ ما نقص من قيمة الثوب » .

قيمتُه عشرةٌ ، فإن كان الثوبُ يساوي عشرين : فهو بينهما ، فيباع بعشرين ويأخذ كلُّ واحدٍ عشرةً ، وإن وُجِدَ زَبُونٌ [1] اشترى [2] بثلاثين : صرف إلى كلِّ واحدٍ خمسة عشر ، ولم يكن الصِّبْغُ كالخياطة ، فإن الخياطةَ عينُ العدوان ، والصبغ عينٌ مملوكةٌ .

وإن كان يُشترى بخمسة عشر ، فلصاحب [3] الثوب عشرةٌ ، وللغاصب خمسةٌ ، والنقصانُ محسوبٌ على الصِّبغ ، فإنه تابعٌ .

ولو [4] لم يُشْتَرَ إلا بعشرة : فالكل لصاحب الثوب . ولو لم يُشترَ إلا بثمانية : غَرِمَ الغاصبُ درهمين .

وهكذا [5] التفصيلُ فيما لو طيَّر الريحُ ثوبًا وألقاه في إجانةِ صَبَّاغ .

وكذلك إذا غَصَب الصبغَ من إنسانٍ والثوبَ من إنسان ، فإن أثرَ العدوان لا يظهرفي إبطال الملك من عين الصبغ وهو عينُ ماله .

هذا كله إذا كان الفصلُ غيرَ ممكن . فإن قبل الصبغُ الفصلَ فللغاصب أن يَفْصِلَه كما له أن يَقْلَعَ غراسَه وزَرْعَه ، وإن كان يُؤدِّي إلى نقصان الثوب ، ولكن يَفْصِلُ ويَغْرَمُ أرشَ النقصان، فإن امتنع الغاصبُ فللمالك أن يجبره على الفصل ، ويُغَرِّمَه [6] أرشَ نقصان الثوب ، كما في الغرس [7] ، ونقل العراقيون [8] عن ابن سريج : أنه لا يُجْبَر ؛ لأنه يؤدِّي إلى تفويت الصبغ ، فهو تعنُّت محضٌ ، بخلاف الزرع والغراس ؛ لأن الصبغَ يضيع بالفصل ، فإن كان لا يضيع ، يُجبر ، إلا إذا ظهر في الثوب نقصانٌ لا يفي الصبغُ

---

(١) في (أ) : « إن وَجَد زبونًا » .
(٢) في (أ) : « يشتري » .
(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « لصاحب » ، والمثبت من (أ) .
(٤) في (ب) : « فلو » .
(٥) في (أ) : « وكذا » .
(٦) في (أ) : « ويغرم » .
(٧) في (أ) : « الغِراس » .
(٨) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩١ ، ٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٤) .

المفصولُ به فهو أيضًا ضياع .

فروع [أربعة] [١] **:**

أحدها : أن بَيْعَ الثوبِ دون الصبغ والصبغ دون الثوب فيه وجهان [٢] ، كالوجهين في قطعة أرضٍ لا ممَرَّ لها ، إلا بأن يُشترى لها ممرٌّ ؛ لأنه لا يمكن الانتفاعُ بأحدهما دون الآخر .

الثاني : إذا أراد المالكُ بَيْعَ الثوب : أُجبر الغاصبُ على بيع الصبغ ؛ إذ لا يرغب في الثوب دونه ، فلا يعطل [٣] قيمة الثوب عليه .

ولو أراد الغاصبُ بيعَ الصبغ ، فهل يُجْبَر المالك على بيع الثوب ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنهما شريكان ، فلا يفترقان [٤] .

والثاني : لا [٥] ؛ لأنه مُتَعَدٍّ بصِبْغِه ، فلا يملك الإجبار .

الثالث : لو قال الغاصب : وُهِبْتُ الصِّبْغَ من المالك ، فهل يُجْبَرُ على القبول ؟ فيه [٦] وجهان [٧] مطلقان في طريقة العراق . ووجه الإجبار : التبعية كما في نَعْلِ الدابة المردودةِ بعَيْبٍ قديم ، إذا كان النعلُ للمشتري ، والوجه أن يفصل ، فإن كان الصبغُ

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الأصح من هذين الوجهين : المنع ، كما في الروضة : (٥ / ٥٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٥) .

(٣) في (أ) : « تعطل » .

(٤) في (ب) : « فُرْقَان » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٥/٥٠) ، مغني المحتاج : (٢/٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥/١٨٥) .

(٦) قوله : « فيه » : ليس في (ب) .

(٧) أصح هذين الوجهين : أنه لا يجبر ، كما في الروضة : (٥ / ٤٩) .

معقودًا [١] لا يمكن فَصْلُه فيُجْبر [٢] أو قَبِلَ الفَصْلَ من غيرِ نقصانٍ [٣] ظاهرٍ في الصبغ والثوب فلا يجبر على القبول ؛ إذ لا ضرورةَ للغاصب في التمليك .

وإن [٤] كان يَقْبَلُ الفصلَ / ويَنْقُصُ قيمتُه وقلنا : إنه يُجْبَرَ على الفصل فعند هذا له ١٠٧/أ ضرورةٌ في التمليك ، فينقدح وجهان ، ووجه الفرق بينه وبين النعل مع الاشتراك في نوع ضرورة : أنه مُتعدٍّ .

الرابع : لو قال المغصوبُ منه : أبْذُلُ قيمة الصبغ وأتملكه عليك ؛ كما يفعل مُعِيرُ الأرض بغراس المستعير ، لم يمكن [٥] منه ؛ لأنه قادرٌ ها هنا على إجباره على الفصل مجانًا ، أو على البيع ، وبيعُ الثوب سهلٌ بخلاف العَقار .

المسألة الثالثة : إذا غصب أرضًا وبنى فيها أو زرع أو غرس ، فحكمه حكمُ الصبغ القابلِ للفَصْل ، وقد ذكرناه .

[المسألة] [٦] الرابعة : في الخَلْط ، إذا خلط الزيتَ المغصوبَ بزيتٍ هو مِلكُه .

نصُّ الشافعي [٧] – رضي اللّه عنه – [٨] يُشِيرُ على [٨] أنه هَلَك في حق المغصوب فيه ؛ إذ قال : للغاصب أن يُسَلِّمَ إليه [٩] مثلَ حقِّه من أي موضوعٍ شاء ، وقياسُ مذهبه : أن يتعينَّ فيما خَلَطَه به وأن يصيرا شريكين ؛ إذ ليس المالكُ بأن يُقَدِّرَ هلاكَ زيته بأولى من الغاصب ، ولا [١٠] أثرَ لفعل الغاصبِ عند الشافعي رضي اللّه عنه .

---

(١) في (أ) : « مقصودًا » . (٢) قوله : « فيجبر » : ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « النقصان » والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « فإن » . (٥) في (ب) : « تكن » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) انظر الأم : (٣ / ٢٢٦) ، مختصر المزني : (٣ / ٤٢) ، روضة الطالبين : (٥ / ٥٢) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٥ - ١٨٦) .

(٨) في (أ) : « مشيرًا إلى » . (٩) قوله : « إليه » : ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « النص » .

فمن الأصحاب من قرَّر النصَّ وقال : (1 الزيتُ إذا اختلط بالزيت 1) انقلب ، وهذا تعليل الشافعي رضي اللّه عنه .

والإشكال قائمٌ ؛ إذا الخلطُ من الجانبين ، فلِمَ كان الهالكُ ملكَ المغصوب منه ؟

ومنهم من خرَّج قولًا على القياس وطرَدَ قولين .

ومنهم من قطع بأنه لو خلط بمثله فهما شريكان . ولو خلط بالأجود أو الأردأ ، فقولان (2) .

التفريع : إن قلنا : هَلَك حقُّه ، فيغرم المثلَ من أين شاء .

فإن سَلَّمَ ما هو الأردأُ فله الردُّ ، وإن سلَّم ما هو أجودُ فعليه القبول .

وإن (3) قلنا : يبقى ملكُه ، فلو خلطه بالمثل : قُسِمَ بينهما .

وإن خلط مكيلةً قيمتُها درهمٌ بمكيلةٍ قيمتُها درهمان : فتباع المكيلتان ويقسم [بينهما] (4) على نسبةِ الملك .

فلو قال المالك : آخذُ ثلثي مكيلةٍ عن حقي ، فنصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - : المنع (5) ؛ لأنه ربا .

---

(1) في (أ) : « الزائب إذا اختلط بالزائب » ، كذا على هامش الأصل .

(2) قال في الروضة : « إذا خلط المغصوبَ بغيره فقد يتعذر التمييز بينهما ، وقد لا . وإذا تعذر فقد يكون ذلك الغيرُ من جنسه ، وقد لا . فإن كان كالزيت بالزيت ، والحنطة ، نُظِرَ : فإن خَلَطَه بأجود من المغصوب أو مثلِه أو أردأ منه ، فالمذهب النص : أنه كالهالك حتى يتمكن الغاصبُ من أن يعطيه قَدْرَ حقِّه من غير المخلوط . وقيل : قولان : أحدهما : هذا . والثاني : يشتركان في المخلوط ، ويرجع في قدر حقه من نفس المخلوط . وقيل : إن خلط بالمثل اشتركا ، وإلا فكالهالك » .

انظر الروضة : (٥ / ٥٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٥ ، ١٨٦) .

(3) في (ب) : « فإن » .

(4) زيادة من (ب)

(5) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٥٢ ، ٥٣) .

ونقل البويطي : الجواز [1] ، وكأنه [2] أسقط بعضَ حقِّه ، وسمح عليه بصفةِ الجود في الباقي ، وهو بعيد .

فروع :

أحدها : خلْطُ الدقيق كخلطِ الزيت .

الثاني : خليطُ الزيت بجنسٍ آخر كالشَّيْرَج ، فيه طريقان [3] : منهم من قطع بأنه كالهالك ، ومنهم من طرد الخلاف .

الثالث : خلط ماء الورد بالماء ، فإن بطلت رائحتُه : فإهلاكٌ ، وإلا فهو خلطٌ بغير الجنس .

الرابع : خلط الحنطة [4] البيضاء بالحمراء [4] ، أو السمسم بالكتان : فعليه التمييزُ ، وإن تَعِبَ فيه لأنه متعدٍّ [فيه] [5] .

المسألة الخامسة : في التركيب : فإذا غصب سَاجَةً ، وأدرجها في بِنايةٍ : نزع [6] ، وهُدِم عليه بناؤه ، خلافًا لأبي حنيفة [7] .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٥٢ ، ٥٣) .

(٢) في (ب) : « فكأنه » .

(٣) قال في الروضة : « خلط المغصوب بغير الجنس ، كزيت بشَيْرَج أو دُهْنِ جوز ، أو دقيق حنطة بدقيق شعير : فالمغصوب هالكٌ لبطلان فائدةِ خاصيته ، بخلاف الجيد بالرديء . وقيل : هو على الخلاف السابق ، واختيار المتولي الشركة هناك وهنا » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٥٣) .

(٤) في (أ) : « الحمراء بالبيضاء » .

(٥) زيادة من (ب) .

(٦) في (ب) : « نزعت » .

(٧) **مذهب الشافعية** أن من غصب خشبةً وأدخلها في بناءٍ أو بنى عليها فإنه لا يملكها ، بل عليه نَزْعُها وردُّها إلى مالكها .

ومذهب الحنفية : أن من غصب خشبةً وأدخلها في بناءٍ قيمتُه أكثرُ من قيمتها زال ملكُ مالكها عنها ، ولزم الغاصبَ قيمتُها ، ولا يقلعها للمالك ؛ لأن في القلع ضررًا ظاهرًا للغاصب من غير فائدةٍ تعود على المالك الذي ينجبر ضررُه بالضمان . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٥٤ ، ٥٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٨٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٤٢) .

ولو غصب لوحًا وأدرجها [١] في سفينة فكمثل ، إلا إذا كان فيه حيوانٌ محترم أو مالٌ لغير الغاصب ، وأدّى نزعُه إلى فواته ، فيغرم الغاصبُ القيمةَ في الحال ؛ للحيلولة ، ويُؤَخَّرُ نزعُه إلى أن يُنتهى إلى الساحل . وإن [٢] لم يكن فيه إلا مالُ الغاصب فوجهان : أحدهما : لا يبالى به ، فإنه متعدٍّ ، ولذلك نخسره في مؤنة الردِّ مالًا ، وهذا كمؤنة الرد . والثاني : أنه يؤخر [٣] ؛ لأن مالهَ محترمٌ في غير محلِّ العدوان ، بخلاف البناء على السَّاجَةِ فإنه عدوانٌ ، بخلاف [٤] مؤنة الردِّ ، فإنه سعي في الخروج عن الواجب . أما إذا [٥] غصب خَيْطًا وخاط به جُرْحَ حيوانٍ محترم ، وخِيفَ من النزع [٦] الهلاكُ ، فلا يجب إلا القيمةُ . وكلُّ حيوانٍ متموَّلٍ لا يُؤكَلُ لحمُه فهو محترمٌ .

وفيما يؤكل لحمُه خلاف ؛ لأن ذَبْحَه ممكنٌ ولكنه لغير مأكلةٍ ، وهو منهيٌّ عنه ،

---

(١) في (ب) : « وأدرجه » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٥/٥٥) ، مغني المحتاج : (٢/٢٩٣) ، نهاية المحتاج : (٥/١٩٠) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « ويخالف » .

(٥) قال الحموي : « قوله : (إذا غصب خيطًا فخاط به جراح حيوان محترم وخِيف الهلاكُ من النزع : لم ينزع ووجبت القيمةُ) . قال بعد هذا : (وأما الخنزير والكلب العقورُ فينزع منه ، وفي العبد المرتد والميت خلافٌ ؛ لأن المُثْلة فيهما أيضًا محذورٌ ، فلا يبعد أن يقاوم غرض الاختصاص بمالية العين) .

أقول : الوهم وقع في هذا في تركيبِ قوله : (فلا يبعد أن يقاوم غرض الاختصاص بمالية العين) عقب قوله : (وفي العبد والمرتد خلاف لأن المثلة أيضًا فيهما محذور) فإن هذا الكلام الثاني لا تعلق له بالأول ولا يمسُّه ولا بينهما ارتباطٌ أصلًا ، وصوابُه : أن الشيخ - رحمه اللّه - نهي عن مسألة لم يذكرها في « الوسيط » ووقع تركُها وهمًا ، ولعله من أصل النسخة المسودة له ، وإن كان بشرًا يَطْرَأُ عليه السهوُ والغفلةُ والغلط والوهم والنسيان يذكر عليه المسألة المتروكة ، وقد ذكرها الإمام في « النهاية » والشيخ في « البسيط » وهو ما إذا غصب خيطًا وخاط به جرحَ كلبِ صيدٍ ، فإنه ليس بمملوك ولكنْ لصاحبه يدُ اختصاصٍ جائزةٌ بالشرع ، فهل يلحق بالحيوان الذي لا يؤكل وهو مملوك طاهر كالحمار مثلًا ؟ فيه تردد قال : فلا يبعد أن يقام غرض الاختصاص من كلب الصيد لمالية الحمار ؛ وهذا إيضاحُ الصواب في هذه المسألة وهي في غاية الظهور ولا ينتبه له إلا فقيه موفق .

(٦) في (ب) : « نزعه » .

وأما الخنزير والكلب العقور [١] : فيُنْزَعُ منه ، وفي العبد المرْتَدِّ والميت خلافٌ ؛ لأن المُثْلَةَ [٢] أيضًا فيهما [٢] محذورٌ ، فلا يبعد أن يقاوم غرض الاختصاص بمالية العين .

ولو كان يخاف من نزع الخيط من الآدمي طولَ الضَّنى ، وبقاء الشَّيْنْ ، فيه [٣] خلاف كمثله في العدول إلى التيمم عن الوضوء .

وحيث منعنا النزعَ ، فيجوز الأخذُ ابتداءً من مال الغير إذا لم يجد غيرَه ، وإن تعدَّى في الابتداء وصار إلى حالٍ يخاف النزع فلا ينزع الآن ؛ للضرورة .

فرعان :

أحدهما : فَصِيلٌ أدخله في بيته فَكَبِرَ [٤] فيه ؟ يُنْقَضُ بناؤه ويخرج ؛ لأنه متعدٍّ .

وإن دخل بنفسه ، فيخرج لحقِّ الحيوان . وهل يغرم صاحبُ الفصيل أرْشَ النقض ؛ لتخليص مِلكه ؟ فيه خلاف [٥] .

وكذا إذا سقط دينارٌ في مَحْبَرَةٍ بقَصْدِ صاحب المحبرة أو بغير قصده ، فهو كالفصيل .

الثاني : زَوْجُ [٦] خُفٍّ يساوي عشرةً ، غصب غاصبٌ [٧] فَرْدَ خُفٍّ [٧] ، وقيمةُ

(١) قوله : « العقور » : ليس في (ب) .
(٢) في (ب) : « فيهما أيضًا » .
(٣) في (ب) : « ففيه » .
(٤) في (ب) : « وكبر » .

(٥) قال في الروضة : « وإن دخل بنفسه نقض أيضًا ، ولزم صاحب الفصيل أرشُ النقص على المذهب ، وبه قطع العراقيون. وقيل وجهان . ثانيهما : لا أرش عليه » .انظر روضة الطالبين : (٥/ ٥٧) ، مغني المحتاج : (٢/ ٢٩٥) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (فيه زوج خف يساوي عشرة غَصَبَ أحدَها وقيمة الباقي تامة ، ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يقدم تسعة ؛ لأن ما أخذه يساوى ثلاثة والباقي فات بأخذه . والثاني : يغرم ثلاثة ، لأن قيمته ما أخذ فيشتري به المالكُ فردَ خفٍّ آخر وليعود كمال قيمته .والثالث : يغرم خمسة توزيعًا لنقصان الانفراد ، فإنه لو أتلف غيره - الفرد الثاني - لوجبت التسوية بينهما) .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ يَرِدُ عليه إشكالٌ فإنه قال : (لو أتلف غيرِهِ الفرد الثاني لوجبت التسوية بينهما) فإنه ليس كذلك ، والمنقول : أنه يلزمه ثلاثةُ دراهم قولًا واحدًا ، بل أبلغ وذلك أنه لو عاد وأتلف الفردَ الثاني لا يلزمه أكثرُ من قيمته . وإن كان كذلك إلا أن بعضَ أصحابنا ذكر ما ذكره الشيخ ولا يبعد اتجاهُه .

(٧) في (ب) : « أحدهما » .

الباقي ثلاثة ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه [1] يَغْرَمُ سبعةً ؛ لأن ما أخذَه يساوي ثلاثةً ، والباقي فات بأخذه .

والثاني : يغرم ثلاثةً ؛ لأنه [2] قيمةُ ما أخذه ، فليشترِ به المالكُ فَرْدَ خُفٍّ ؛ ليعود كمالُ قيمته .

والثالث [3] : يغرم خمسةً توزيعًا لنقصان الانفراد ، فإنه [4] لو أتلف غيره الفرد الثاني لوجب التسويةُ بينهما .

* * *

---

(١) قوله : « أنه » : ليس في (أ) .

(٢) في (ب) : « لأنها » .

(٣) ذكر النووي أن هذا الوجه هو الأقوى ، وإن كان الأكثرون على ترجيح الوجه الأول ، وعليه العمل انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٥٨ ، ٥٩) .

(٤) في (ب) : « لأنه » .

الفصل الثالث :

في تصرفات الغاصب

والنظر في طرفين :

الأول في الوطء : فإذا باع [1] جاريةً مغصوبةً [1] فوطئها المشتري ، إن كان عالمًا بالغصب : لزمة الحدُّ ، ويلزمه المَهْرُ إن كانت الجاريةُ مستكرهةً ، وإن [2] كانت راضية فوجهان :

أحدهما : يجب ؛ لأن المهرَ للسيد ، فلا أثر لرضاها / بخلاف الحرة . ١٠٧/ب

والثاني : لا [3] لقوله – عليه السلام – : « لا مَهْرَ لِبَغِيَّةٍ » [4] [5] ، وهذا عام .

ثم إن وطئ على ظَنٍّ [الجواز] [6] ، فلا يلزمه إلا مهرٌ واحدٌ ، وإن وطئ مرارًا ، ما دامت الشبهةُ متَّحدةً ؛ اعتبارًا لسبب الحرمة بالنكاح الذي هو الأصل .

وإذا [7] أوجبنا المهرَ في صورة الاستكراه ، ووطئ مرارًا : تردد فيه الشيخ

---

(١) في (ب) : « الجارية المغصوبة » . (٢) في (ب) : « فإن » .

(٣) وهذا الوجه هو الصحيح المنصوص ، وقيل : على المشهور ، كما في الروضة : (٥ / ٦٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٠ ، ١٩١) .

(٤) في (ب) : « لبغيٍّ » .

(٥) أخرج البخاري أن النبي ﷺ : « نهى عن مهر البغي » (٤ / ٤٩٧) (٣٤) كتاب البيوع (١١٣) باب ثمن الكلب (٢٢٣٧) ، وأطرافه : (٢٢٨٢ ، ٥٣٤٦ ، ٥٧٦١) ، ومسلم : (٣ / ١١٩٨) (٢٢) كتاب المساقاة (٩) . باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي (١٥٦٧) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٥) كتاب البيوع باب في حلوان الكاهن (٣٤٢٨) ، والترمذي : (٣ / ٥٧٥) (١٢) كتاب البيوع (٤٦) باب ما جاء في ثمن الكلب (١٢٧٦) ، والنسائي : (٧ / ٣٠٩) (٤٤) كتاب البيوع (٩١) باب بيع الكلب (٤٦٦٦) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٣٠) (١٢) كتاب التجارات (٩) باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وعسب الفحل (٢١٥٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٥٥) . حديث رقم : (١٢٧٣) .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) . (٧) في (ب) : « فإذا » .

أبو محمد ، ومَيْلُ الإمام إلى التعدُّد [1] ؛ لأن مستندَه الإتلافُ لا الشبهةُ ، وقد تعدد الإتلافُ .

وهل للمالك مطالبةُ الغاصب بالمهر ، فإنه وجب بالوطء في يده [2] ؟ فيه تردد من حيث إن اليدَ لا تثبت على منافع البُضْعِ ، وهذا بدَلُه .

أما الولد ، فهو رقيقٌ إن كان عالمًا ، ولا نَسَبَ له ، فإنه ولدُ الزنا .

وإن [3] انفصل حيًّا انفصل من ضمانه ، فإن مات ضَمِنَه ، وإن انفصل ميتًا ، فالأظهر [4] : أنه لا يضمن ، لأنه لم يَستيقِنْ حياتَه ، بخلاف ما إذا انفصل ميتًا بجنايةٍ ، فإنه يُحال الموتُ على السبب الظاهر ، وفيه وجه : أنه يضمن ، لأنه مات [5] تحت يده ، بخلاف الولدِ لو كان حُرًّا عند الجهل ، وانفصل ميتًا ، فإن اليدَ لا تثبت على الحر .

وعلى هذا لا يمكن أن يَغْرَمَ عُشْرَ قيمةِ الأم ؛ لأنه فواتٌ بآفةٍ سماويةٍ والتقديرُ نتيجةُ الجناية ، فيلزم أن يغرم كلَّ قيمته بتقدير حياته ، وكذلك في البهيمة ، وهو بعيد .

الطرف الثاني : فيما يَرْجِعُ به المشتري على الغاصب :

إن كان عالمًا : لم يرجع بشيء ؛ لأنه غاصبٌ مثلُه وتَلِفَ تحت يده .

وإن كان جاهلًا : فلا يرجع بقيمة العين إن تلف تحت يده ؛ لأنه دخل فيه على شرط الضمان .

ونقل صاحب التقريب قولًا [6] في القَدْر الزائد على الثمن : أنه يَرْجِعُ به .

أما زيادةُ القيمة قبل قبض المشتري : لا يُطَالِبُ به المشترِيَ بحال ، وإنما يطالب به الغاصبَ .

---

(١) والأصح : تعدد المهر بتعدد الوطء إذا كان عالمًا بغصب الجارية ، كما في الروضة : (٥ / ٦١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٠) .

(٢) الأصح : أن للمالك مطالبةَ الغاصب بالمهر ، كما في الروضة : (٥ / ٦٠) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٤) ذكر النووي أن ظاهر النص : أنه يضمن ؛ لثبوت اليد عليه تبعا للأم . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٦١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩١) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فات » .

(٦) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٦٣) .

وأما أجرةُ المنفعة التي فاتت تحت يده يرجع بها ، وما فات باستيفائه فيخرج على قولَي الغرور مع مباشرة الإتلاف . فكذا (١) مهر المثل إذا غرمه بالوطء ، [فإنه] (٢) متلفٌ ، والغاصبُ غارٌّ والمتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر ؛ لأنه دخل على قصد ضمانِ البضع ، ويرجع المشتري بقيمة الولد ؛ لأن الشراءَ لا يُوجِبُ ضمانَه ، وكذا الزوجُ .

ولو بنى فقلع بناءَه ، فالأظهر (٣) : أنه يرجع بأرشِ نقضِ الهدم على الغاصب ؛ لأنه فات بغروره ، وإليه ميلُ القاضي .

وفيه وجه : أنه متلِفٌ بالبناء ، فلا يرجع ، ولا خلاف أنه لا يرجع بما أنفق ؛ لأن ذلك يتفاوت فيه الناسُ .

ولو تعيَّب المغصوبُ في يد المشتري ، نص الشافعي - رضي اللّه عنه - : أنه يرجع .

قال المزني (٤) : هو خلاف قياسه ؛ لأن الكلَّ من ضمانه حتى لم يرجع فيه (٥) فكيف يرجع بالأجزاء ؟ فمن الأصحاب من وافق .

وذهب ابن سريج إلى تقرير النص ، وهو أن ضمانَ المشتري ضمانُ عقدٍ ، والعقدُ لا يوجب ضمانَ الأجزاء ، وكذلك (٦) إذا تعيَّب قبل القبض وجب الإجارةُ بكل الثمن .

ولو باع عبدًا بجاريةٍ ، ثم ردَّ الجارية بالعَيْب ، والعبدُ مَعِيبٌ بعيبٍ حادثٍ : لم يَجُزْ له طلبُ الأرش معه ، بل عليه أَخْذُه أو أخذُ قيمته ، فلا يضمن أجزاؤه مع ردِّ عينه .

فرع :

نقصانُ الولادة - عندنا (٧) - لا ينجبر بالولد ، خلافًا لأبي حنيفة رحمة اللّه عليه .

* * *

---

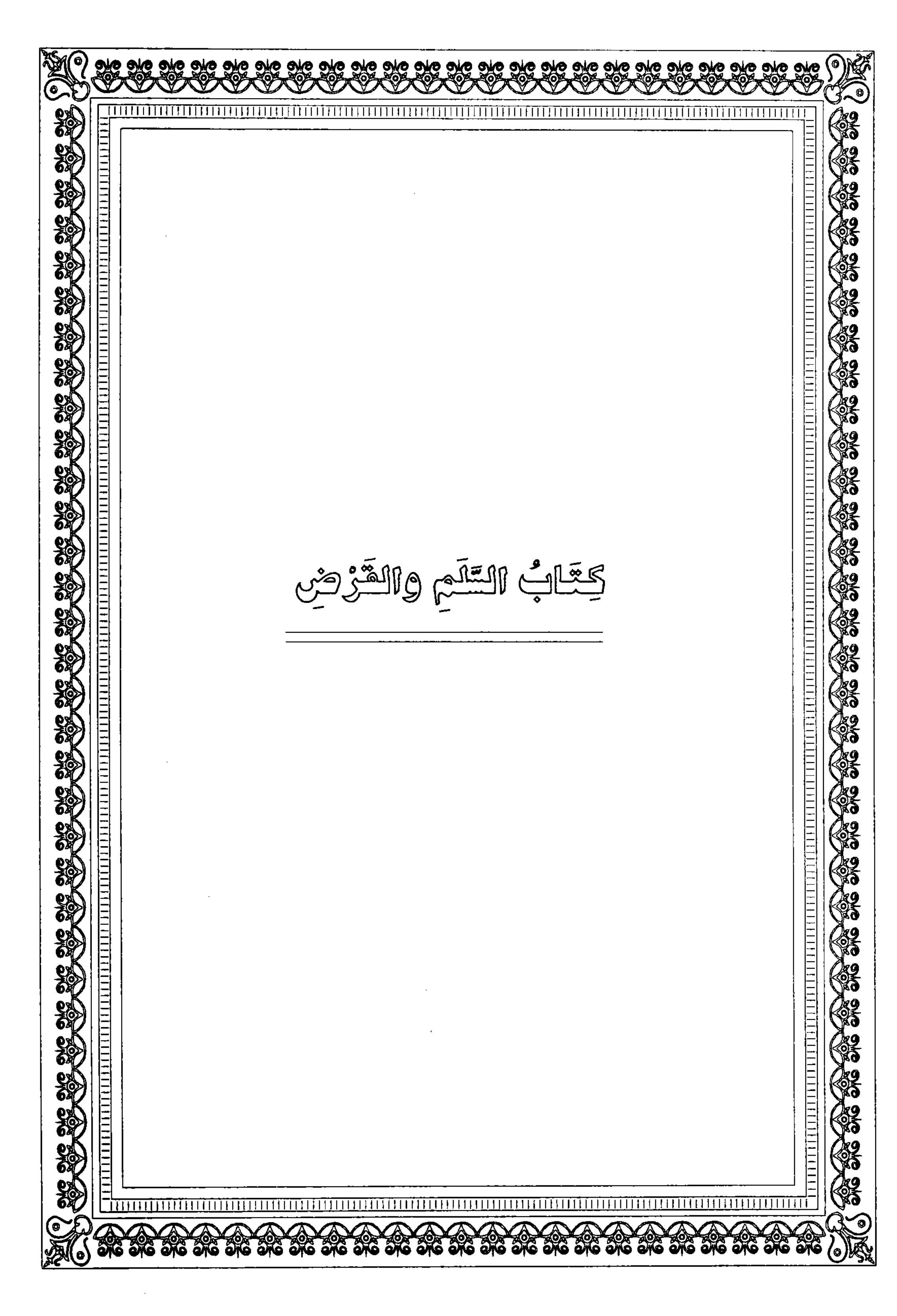
(١) في (أ) : « وكذا » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) ذكر في الروضة : أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٦٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٣) .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٦٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٢) .

(٥) في (أ) : « به » . (٦) في (أ) : « ولذلك » .

(٧) قوله : « عندنا » : ليس في (أ) .



كِتَابُ السَّلَمِ والقَرْضِ



كتاب السَّلَمِ والقَرْض

وفيه قسمان :

القسم الأول : السَّلَم

والأصل فيه قوله – عليه السلام – : « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُوم ، إلى أَجَلٍ مَعْلُوم »[1] .

والدين يثبت في الذمة اختيارًا بالمعاوضة والقَرْض .

أما المعاوضة فالبيع ، وفي معناها سائرُ المعاوضات في حق إثبات المال في الذمة .

وأما السَّلم ، ففيه ثلاثة أبواب :

---

(١) أخرجه البخاري : (٥٠٠/٤ ، ٥٠١) (٣٥) كتاب السلم (٢) باب السَّلَم في وزن معلوم (٢٢٤٠) بلفظ : « من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وفي رواية : « .. فليُسْلِفْ في كيل معلوم إلى أجل معلوم » ، ومسلم : (١٢٢٦/٣) (٢٢) كتابُ المساقاة (٢٥) باب السلم (١٦٠٤) ، وأبو داود : (٢٧٣/٣) ( ) كتاب البيوع ( ) باب في السلف (٣٤٦٣) ، والترمذي : (٦٠٢/٣) (١٢) كتاب البيوع (٧٠) ما جاء في السلف في الطعام والتمر (١٣١١) ، والنسائي : (٢٩٠/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٦٣) باب السلف في الثمار (٤٦١٦) ، وابن ماجه : (٧٦٥/٢) (١٢) كتاب التجارات (٥٩) باب « السلف في كيل معلوم (٢٢٨٠) .

الباب الأول : في شرائطه

وهي سبعة :

الأول : أن يكون المُسْلَمُ فيه دينًا :

لأن لفظَ [١] السَّلَمِ والسَّلَفِ [١] للدين ، فإن قيل : فلو عقد البيعَ بلفظ السلم بأن قال : أسْلَمْتُ إليك هذا الثوبَ في هذا العبد .

قلنا : لم ينعقد سَلَمًا ، وفي انعقاد البيع به قولان ذكرهما القاضي :

أحدهما : لا [٢] ؛ لأن لفظَ السَّلَم [٣] ينبو عن العين [٣] .

والثاني : نعم ؛ لأن المقصودَ بحكم الحال صار معلومًا منه ، وهو قريبٌ مما إذا قال : بعتك [٤] بلا ثمن . أنه هل ينعقد [ذلك] [٥] هبةً ؟

فإن قيل : فلو أسلم بلفظ الشراء ، فقال : اشتريْتُ منك مائة كُرٍّ من حنطةٍ [٦] صفتُها كَيْتُ وكيت ؟

قلنا : ينعقد ذلك .

وفي ثبوت شرائط السلم ، من تسليمِ رأس المال ، ومَنْع الاعتياض ، وجهان :

أحدهما : أنه يثبت ؛ لأن هذه الشرائطَ منوطةٌ ببَذْلِ المال في مقابلةِ دَيْنٍ ، لا باسم السلم .

والثاني [٧] : أنه منوطٌ باسم السلم / ؛ إذ ليس يُعْقَلُ فيه المعنى . ٧٧ / ب

نعم ، هل يجوز الاعتياضُ على هذا عن الحنطة ؟ [فيه] [٨] طريقان :

---

(١) في (أ) : « السلف والسلم » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٦/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٤/٢) ، نهاية المحتاج : (١٨٨/٤) .

(٣) في (أ) : « ينبو عنه لعين » .

(٤) في (أ) : « بعت » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « الحنطة » .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٦/٤) .

(٨) زيادة من (أ) .

منهم من قال : فيه قولان ، كما في الثمن .

ومنهم من قطع بالمنع ؛ لأنه مقصودٌ في جنسه بخلاف الثمن .

فإن قيل : [و] (١) هل يُشترط في المسْلَمِ فيه بعد كونه دينًا تأجيلُه ؟

قلنا : لا ، خلافًا لأبي حنيفة (٢) - رحمه الله - ؛ إذ قال الشافعي - رضي الله عنه - : إذا جاز السَّلَمُ مؤجَّلًا فهو حالًّا (٣) أجوزُ ، وعن الغَرَرِ أبعدُ .

ثم له ثلاثة أحوال :

[إحداها] (٤) : أن يُصرِّحَ بالحُلُول ، فهو حالٌّ (٥) .

والآخر : أن يُطْلِقَ ، ففيه وجهان :

أحدهما : البطلان ؛ لأن مُطْلَقَه يُشْعِر بالأجَل ، وهو مجهول .

والأصح : الصحة ؛ لأن السلمَ بيعٌ إلا أنه في دَيْن .

الثالثة : أن يُصرِّحَ بالأجَل ، فلابد وأن يكون معلومًا .

وفيه مسائل :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز السلمُ حالًّا كما يجوز مؤجَّلًا .

ومذهب الحنفية : أنه لا يصح السلمُ إلا مؤجلًا .

انظر : روضة الطالبين : (٧/٤) ، ومغني المحتاج : (١٠٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٠/٤) ، مختصر الطحاوي : (٨٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣٤/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٦١/٢) .

(٣) في (أ) : « حالّ » ، وفي (ب) : « فالحالّ » .

(٤) زيادة من (ب) ، وفي (أ) : « أحدها » .

(٥) في (أ) : « الحال » .

الأولى : أن التأجيلَ بالحَصَاد [والعطاء] [١] والقِطَافِ والدِّيَاس ، وما يتقدَّم ويتأخَّر : فاسدٌ ؛ فإنه [٢] مجهول .

والمذهب [٣] : جوازُ تأقِيتِه بالنَّيْرُوزِ والمهرجان ؛ فإنه معلوم ، وكذا بِفِصحِ النصارى وفطرِ [٤] اليهود ، إن كان يُعْلَمُ ذلك دون مراجعتهم ؛ فإنه لا يُعْتَمَدُ على أقوالهم .

ولو أقَّت بنَفْرِ الحجيج ، فوجهان [٥] ؛ لأن للحجيج نَفْرَيْن .

ومن صحَّح نَزَّل [٦] على الأول ، وهو جارٍ في تأجيله إلى ربيعٍ وجُمَادَى ؛ فإنه متعددٌ ، وتعيينُ [٧] الأول [للأداء] [٨] محتمَلٌ .

الثانية : لو قال : إلى شهر رمضان أو إلى [أول] [٩] يوم الجمعة : يصح ، ويحل الأجلُ بأولِ جُزْءٍ من رمضان والجمعة .

ولو قال : [١٠] تؤدِّيه في رمضان ، أو في الجمعة [١٠] : لم يجز ؛ لأنه جَعَلَه ظرْفًا ولم يُبينْ وقتَه .

ولو قال : إلى ثلاثةِ أشهر ، وهو وقتُ مستهَلِّ الهلال : حُسِبَ الأشهرُ الثلاث [١١] بالأهلة .

وإن كان في أثناء الشهر كُمِّل ذلك الشهرُ ثلاثين [١٢] ، واحْتُسب شهران بالأهلة ،

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « لأنه » .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩١/٤) .

(٤) في (أ) : « وفطير » .

(٥) والأصح من هذين الوجهين - وهو المنصوص - : صحته ، ويحمل على النظر الأول لتحقُّق الاسم به . انظر : روضة الطالبين : (٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، الأم : (٨٥/٣) .

(٦) في (أ) : « نزله » .

(٧) في (أ) : « وتعينُ » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في (أ) : « تؤدِّه في يوم الجمعة » .

(١١) في (أ) : « الثلاثة » .

(١٢) في (ب) « ثلاثون » .

اتباعًا لفهم أهلِ العادة في اتباع الأهلة .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا انكسر شهرٌ واحد كُمِّل كلُّ شهر (١ ثلاثين ثلاثين ١) .

أما إذا قال : إلى أول الشهر أو [إلى] (٢) آخره :

قال الأصحاب : هو باطلٌ ؛ لأن أولَ الشهر يُعَبَّرُ به عن النصف الأول (٣) ، والعُشْرِ الأول . وكذا الآخِرُ ، فهو مجهول .

قال إمام الحرمين (٤) : إذا لم يكن للشافعي - رضي الله عنه - فيه نصٌّ ، والمسألةُ لفظيةٌ فليس يبعد مخالفة الأصحاب ؛ إذ يظهر أن يقال : المفهومُ منه أولُ جزءٍ من الشهر . (٥ وآخرُ جزءٍ منه ٥) ، فلا (٦) فَرْقَ بين أن يقول : إلى رمضان ، أو يقول : إلى أول رمضان ، (٧ ولا بين أن يقول ٧) : إلى العيد : أو إلى آخر رمضان .

الثالثة : قال الشافعي - رضي الله عنه - (٨) : لو (٩ لم ٩) يذكر أجلًا فذكراه قبل التفرق : جاز (١٠) ، وهذا يكاد يكون إلحاقَ زيادةٍ بالعقد في مجلس العقد ، وطرده (١١) الأصحابُ في إلحاقات (١٢) الزيادات في المجلس .

---

(١) في (ب) : « ثلاثون ثلاثون » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) كلمة : « الأول » : ليست في (أ) .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (١٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٠/٤) .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « ولا » . (٧) في (أ) : « أو يقول » .

(٨) انظر : الأم : (٨٦/٣) ، مختصر المزني : (٢٠٧/٢) ، روضة الطالبين : (٧/٤) .

(٩) في (أ) : « ولم » .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « جاد » ، والمثبت من (أ) .

(١١) في (أ) : « فطرده » . (١٢) في (أ) : « إلحاق » .

وكان الشافعي - رضي الله عنه - [١] يقول : السَّلَمُ المطلَقُ لا يصرح [٢] بالحلول ، بل هو موقوفٌ في حقِّ الأجل ، على أن يتفرقا فالمجلسُ وقت البيان للأجل ، ولو ذكر أجلًا مجهولًا وحذف في المجلس لم ينقلب [٣] العقدُ بعد فسادِه صحيحًا ؛ لأن المجلسَ حريمٌ لعقدٍ منعقد ، فإذا فسد فلا حريمَ له .

وحُكي عن صاحب التقريب وجه [٤] : أنه ينحذف [٥] ، وهو بعيد .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٥/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٠/٤) .

(٢) في (أ) : « تصرح » .

(٣) غير واضحة في (أ) .

(٤) في (أ) : « وجهًا » .

(٥) في (أ) : « يحذف » .

الشرط الثاني : القدرة على التسليم

والعجزُ مانعٌ ، و[هو] [١] ينقسم إلى المقارِنِ والطارئ .

أما المقارِن : فلو أسلم في مفقودٍ حالةَ العقد موجودٍ لدى المحلِّ : صحَّ عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - [٢] ؛ لأن القدرةَ [عنده] [٣] تُعتبر وقتَ الوجوب بحكم الشرط ، ولو كان مفقودَ الجنس لدى المحلِّ : بطل وفاقاً .

وإن وُجِدَ في موضع آخر ، فإن قَرُب من البلد بحيث يُنْقَلُ إليه ذلك الشيء لغرض المعاملة : جاز ، وإن كان لا يُنقل إلا في مصادرةٍ أو بخفةٍ مع عُسْرٍ : [٤ فلا يصح .

ولو أسلم في وقتِ الباكورةِ في قَدْرٍ كثيرٍ يَتَعَسَّرُ تحصيلُه ، ولكن يمكن بعد عُسْرٍ ٤] : ففيه وجهان [٥] ، وهو قريبٌ من بيع الطائر المُفْلِتِ في دارٍ فيحاءَ بعُسْرٍ [٦] أخْذِه ، ولم يُذْكَرْ هذا الوجهُ فيما يَعْسُرُ نقلُه إلى مكان التسليم ؛ لأن التشاغلَ بنقله [٧] قبل وجوبه لا يجب ، وبعد وجوبه يفتقر إلى مدة فيتراخى عن وقت الاستحقاق ، وليس يبعد أيضًا [٨]

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : : أنه لا يُشترط وجودُ المُسْلَمِ فيه حالةَ العقد ، فيصح السَّلَم ، ولو أسلم في مفقودٍ حالة العقد ، وإنما يُشْترط - للقدرة على تسليمه - وجودُه عند المحلّ .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز السَّلَمُ إلا في موجودٍ في وقت وقوع السلم وفي حين حلوله ، وفيما بعد وقوع السَّلم إلى حلوله . انظر : روضة الطالبين : (١١/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٢/٤) ، مختصر الطحاوي : (٨٦) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٦٠/٢) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) ذكر في الروضة أن الأقربَ من الوجهين إلى كلام الأكثرين : البطلان . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١١) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٢/٤) .

(٦) في (أ) : « يعسر أخْذُه » .

(٧) كلمة : « بنقله » : ليست في (أ) .

(٨) كلمة : « أيضًا » : ليست في (أ) .

ذكرُ وجهٍ فيه .

أما العجز الطارئ : فهو طريانُ آفةٍ قاطعةٍ للجنس ، ففي انفساخ العقد قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه لو اقترن بالابتداء لَمُنِعَ فأشبهَ تَلفَ المبيع [قبل القبض] [(١)] .

والثاني [(٢)] : لا ؛ لأن الوفاءَ به في السنة الثانية ممكنٌ ، والعقدُ واردٌ على الذمة فأشْبَهَ إباقَ المبيع ، فإنه يُثْبِتُ الخيارَ ، ثم ليس هذا الخيارُ على الفَوْر ، وهو كخيار الإباق وخيار المرأة في الإيلاء ؛ لأنه نتيجةُ حقِّ المطالبة بالمستحق وهو قائمٌ متجددٌ في كلِّ حالٍ .

والأصح : أنه لا يسقط . وإن صرَّح بالإسقاط ، كما لا يسقط بالتأخير ، وفيه وجه : أنه يسقط .

فرع : لو انقطع قبل المحلِّ وعُلِمَ [(٣)] دوامُ الانقطاع إلى المحل [(٣)] : ففي تنجُّزِ الانفساخ والفسخ [(٤)] قولان [(٥)] يضاهيان ما إذا قال : والله لآكُلَنَّ هذا الطعامَ غَدًا ، فتَلِفَ قبل الغدِ بآفةٍ ، هل [(٦)] يَحْنَثُ في الحال ؛ وهو محتمَلٌ جدًّا .

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٢) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (١١/٤) مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (٤/ ١٩٣،١٩٤) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « دوامه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « أو الفسخ » .

(٥) قال في الروضة : « لو انقطع بعضُ المسلم فيه ، فقد ذكرنا حكْمَه في باب تفريق الصفقة ، ولو أسلم فيما يعم عند المحل ، فعرضت آفةٌ علم بها انقطاعُ الجنس عن المحل ، فهل يتنجَّز حكمُ الانقطاع في الحال ، أم يتأخر إلى المحل ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني » . انظر : روضة الطالبين : (١٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٦/٢) ، نهاية المحتاج : (١٩٤/٤) .

(٦) في (أ) : « فهل » .

الشرط الثالث : أن يكون المُسْلَمُ فيه معلومَ الوصف

ولا [١] يمكن استقصاءُ كلِّ وصفٍ مقصودٍ ، ولكنْ [كلُّ] [٢] وصف مقصود تختلف به القيمةُ اختلافاً ظاهرًا ، / فقد صاغ أهلُ اللغة عنه [٣] عبارةً ، فلابُدَّ من ذكره ، ثم ينزل كلُّ وصفٍ على أقلِّ الدرجات ، فإذا ذَكَرَ عبدًا كاتبًا لم يُشترط التبحُّرُ فيه ، بل ما يطلق عليه الاسمُ . ٧٨/أ

فرعان :

أحدهما : أن الوصفَ [٤] المعرَّفَ ينبغي أن يكون معلوماً لغير المتعاقدَيْن ؛ حتى يُرْجَعَ إليهم عند التنازع . ولسنا نعني به الإشهادَ على السَّلَم ، بل نريد به الاحترازَ عن اللغة العربية التى لا يفهمها أهلُ الاستفاضة ، فإن فَهِمَها [٥] عَدْلَان سِوَى المتعاقدَيْن دون أهل الاستفاضة ، [ففيه] [٦] وجهان [٧] .

---

(١) في (أ) : « فلا » .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) في (ب) : « عنها » .

(٤) قال الحموي : « قوله : (الوصف المعرف ينبغي أن يكون معلوماً لغير المتعاقدَيْن حتى يرجع إليهم عند التنازع ، ولسنا نعني به الإشهادَ على السلم بل نريد الاحتراز عن اللغة العربية التي لا يفهمها أهلُ الاستفاضة ، فإن فهِمها عدلان دون أهل الاستفاضة فيه وجهان) .

قال المصنف : « ما ذكره الشيخُ يقتضي أن لا يصح حتى يفهمها جميعُ أهل الاستفاضة فإنه ليس يُشترط [استقصاء] جميعهم ، بل يكفي جماعةٌ من أهل الاستفاضة دون [استقصاء] جميعهم ، أو جماعةٌ لا يمكن تواطؤهم على الكذب » . وهو إشكال ضعيف .

(٥) في (أ) : « فهم » . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) قال في الروضة : « صفات المسلم فيه مشهورةٌ عند الناس ، وغير مشهورة ، ولابد من معرفة العاقدَيْن صفاتِه ، فإن جَهِلَها أحدُهما لم يصح العقد ، وهل يكفي معرفتهما ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، وهو المنصوص ، بل لابد من معرفة عدلين ليُرْجَع إليهما عند تنازعهما . وقيل : تعتبر فيها الاستفاضة ، ويجري الوجهان فيما إذا لم يَعْرفِ المكيالَ المذكور إلا عدلان » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٩) ، مغني المحتاج : (٢/١١٥) ، نهاية المحتاج : (٤/٢١٣) .

وكذا المكيالُ ليَكُنْ معروفًا لغيرهما ، فلو لم يَعْرِفْه إلا عدلان فوجهان .

الثاني : لو أسلم في الجَيِّد : جاز ، ونُزِّل [١] على أقلِّ الدرجات ، وفي الأجود لا يجوز ؛ إذ لا جَيِّدَ إلا وفوقه جيِّدٌ ، فله أن يطلب غيرَ ما يُسلم [٢] إليه .

ولو أسلم في الرديء : لم يَجُزْ إلا في رداءةِ النوع ، كالجُعْرُورة ؛ لأن رداءةَ العيب لا ضَبْطَ لها .

ولو أسلم في الأردأ فوجهان ، والأصح : الجواز ؛ لأن طلبَ الأردأ مما يُسلم [٣] إليه من رديء تعنُّتٌ وعناد [٤] .

الشرط الرابع : تعريف المقدار بالوزن أو [٥] الكيل في المُسْلَم فيه

ويجوز الوزنُ في المكيل ، والكَيْلُ في الموزون ، بخلاف الرِّبَوِيَّات ؛ فإن ذلك مبنيٌّ على التَّعَبُّد .

نعم ، لا يصح السلمُ في مكيالٍ من المسك والعنبر ، فإن ذلك لا يُعَدُّ ضبْطًا فالمُتَّبع المعرفةُ المعتادة .

أما المعدودات [٦] : فلا يكفي فيها العَدُّ ؛ لتفاوتها ، بل لابُدَّ من الوزن ، فيُسْلِمُ في

---

(١) في (أ) : « ويُنزَّل » .
(٢) في (أ) : « سلم » .
(٣) في (أ) : « سلم » .
(٤) في (أ) : « ولَجَاج » .
(٥) في (أ) : « و » .

(٦) قال الحموي : « قوله : (أما المعدودات فلا يكفي فيها العددُ ؛ لتفاوتها بل لابد من الوزن ، فيسلم في البطيخ والرمان بالوزن) إلى قوله : (ويجمع في اللبنات بين الوزن والعدد ؛ لأن ذلك لا يعز وجودُه فهو مضروب بالاختيار) .

قال المصنف : « المنقول في هذه المسألة أنه لا يجمع بين الوزن والعدد لِعزَّة وجوده إذا كان العددُ معلومًا ، بل قالوا : إنه يَذْكُر الجنسَ والنوع واللون والقدر من السمك والطول والعرض والجودة والرداءِ ، وكذلك في الآجر ، ولم يُذْكَر العدد في هذه الأوصاف » .

قلت : ولا جوابَ عن هذا إلا أن يكون العددُ مجهولًا ، ويكون مشاهَدًا في الوزن ، ويكون السلمُ حالًا ، ويحمل ما ذكره على السلم المؤجل ، أو يكون الوزنُ فيه بطريق التقريب لا بطريق التحقيق وبه خرج الجواب » .

البطيخ ، والرمان ، والبيض ، والباذنجان بالوزن .

وفي الجَوْزِ واللَّوْزِ قد لا يُضْبَط الوزنُ ؛ لتفاوت القشور ، ولكن إن وُجِد نوعٌ [١] يتساوَى غالباً عُرِّف بالوزن .

ويجمع في اللَّبِنَاتِ بين الوزن والعَدِّ [٢] ؛ لأن ذلك لا يَعِزُّ وجودُه ، فإنه مضروبٌ بالاختيار ، وكذا الآجُرُّ إن لم نُلْحِقْه بالدَّنَسِ على رأيٍ ؛ لأثر النار فيه .

فرع : إذا [٣] عيَّن مكيالًا لا يُعتاد الكيلُ به ، كالقَصْعَة والكُوزِ : بطل العقدُ [به] [٤] لعلتين :

---

(١) في (أ) : « وَجَد نوعًا » . (٢) في (أ) : « والعدد » .

(٣) قال الحموي : « قوله فيه : (إذا عين مكيالاً لا نعتاده كالقصعة والكوز ، بطل لعلتين : إحداهما : الجهل على مصدر المسلم فيه فإنه لا يدرى الصفقة رابحة أم خاسرة ، والأخرى : ربما يتلف الكوزُ فيتعذر الوفاءُ بالعقد ، والسلمُ مصانٌ عن غررٍ لا عوضَ فيه . ولو قال : بعتك من هذه الصبرة ملو هذا الكوز ، فالأصح : الصحة ؛ لأن الأقوى التعليلُ بالغرر ويوقعُ التلف في المسلم فيه ، ومن علل بالجهل أبطل البيع) .

قال المصنف : « ما ذكره الشيخ يَرِدُ عليه إشكال فإنه ذكر هاهنا أن الأصح الصحة ، وذكر في أول البيع أنه لو قال : بعت صاعًا من هذه الصبرة وهي معلومةُ الصيعان ، صح قطعاً ، وإن كانت مجهولةَ الصيعان فوجهان . ثم علل إلى أن قال : وهو اختيارُ القفال ، وهو الأصح . ثم قال : وإن عللنا بالإبهام ، مُنع ؛ لأجل الغرر ولا غررَ هاهنا . وإذا كان كذلك فكيف يجعل الأصح البطلان في مسألة البيع ، ويجعل الأصح في المسألة المذكورة الصحة وهي مسألة البيع ؟ فإنه لا فرق بينهما إلا في المسألة الأولى المذكورة في أول البيع فيما ذكر الوكيلُ وفي مسألتنا يترك الكيل الكوز، فإذا كان كذلك كان البطلانُ فيها أولى من المسألة المذكورة أولى لاحتمال أن يتلف الكوز فلا يمكن الرجوعُ إلى ما يقوم مقامه ، بخلاف مسألة الكيل في البيع فإنه لا يتعذر الرجوع لما لا يخفى » .

قلت : أمكن أن يقال : الخلاف في مسألتنا مرتبٌ على مسألة البيع ، فإن قلنا فيه : لا يصح فهاهنا أولى ، وإن قلنا : يصح فهاهنا وجهان : أحدهما : أنه يصح كما في البيع ، وهو الأصح . والثاني : لا يصح ؛ لاحتمال أن يتلف الكوز .

(٤) زيادة من (أ) .

إحداهما [١] : الجهلُ بقَدْرِ المسْلَم فيه ، فإنه لا يُدْرَى أن [٢] الصفقةَ رابحةٌ أم خاسرة .

والأخرى [٣] : [أنه] [٤] ربما يَتْلَفُ . فيتعذَّر الوفاءُ بالعقد ، والسَّلَمُ يُصان عن غَرَرٍ لا غَرَضَ فيه .

ولو قال : بعتُكَ من هذه الصبرة بملاء [٥] هذا الكوز ، فالأصح : الصحة ؛ لأن الأقوى التعليلُ بالغررِ وتوقُّعِ التلف في السَّلم ، ومن علَّل بالجهل أبطل البيعَ .

والسَّلمُ الحالُّ مُتردِّدٌ بين البيع والسلمِ المؤجَّلِ ، ففيه وجهان [٦] .

أما إذا عين [٧] مكيالاً [٨] معتادًا ، لو شرط الكيلَ به [٨] : فلا يتعين ؛ إذ لا غرضَ فيه ، وهل يَفْسُدُ به العقدُ ؟ فيه وجهان :

والأصح : صحةُ العقد ؛ لأنه هَذَيَانٌ لا يتعلَّق به غرضٌ .

فإن قيل : فلو عيَّنَ شجرةً أو بستاناً ، وقال [٩] : أسلمت إليك من [١٠] ثمرةِ هذا البستان ؟

قلنا : [١١] يبطل لعلتين [١١] :

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قوله : « أن » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « والآخر » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « مِلْء » .

(٦) قال في الروضة : « وهل السلم الحال كالمؤجل ، أم كالبيع ؟ وجهان ، قطع الشيخ أبو حامد بأنه كالمؤجل ؛ لأن الشافعي – رضي الله عنه – قال : لو أصدقها ملء هذه الجرة خلًّا لم يصح ؛ لأنها قد تنكسر ، فلا يمكن التسليمُ ، فكذا هنا » . انظر : روضة الطالبين : (١٥/٤) .

(٧) في (ب) : « كان » .

(٨) في (أ) : « لا يعتاد أو شرط الكيل به » .

(٩) في (أ) : « فقال » .

(١٠) في (أ) : « في » .

(١١) في (أ) : « تبطل العلتين » وهو خطأ .

إحداهما [1] : ظهور الغرر بتوقُّعِ الجائحة في البستان المعين .

والأخرى [2] : مناقضةُ الدَّينية [3] ؛ لأن ما يظهر من ثمرةِ الشجرة متعينٌ لملكه ، وحقُّ الدين أن يَسْتَرسل في الذمة .

أما إذا أضاف إلى ناحيةٍ يَبْعُدُ فيها وقوعُ الآفة ، فإن أفاد تنويعاً : صحَّ ، كقوله : معقلي البصرة ؛ لأن الإضافة كالوصف هاهنا .

وإن لم يُفِدْ تنويعاً ، فمنهم من قال : هو كتعيين المكيال ؛ إذ لا فائدةَ له .

ومنهم من قطع بأنه لا يبطل [4] ؛ لأنه تعيينٌ لا يضيق مجالاً أصلاً .

الشرط الخامس : تعيين مكان التسليم في المسلم فيه

وفيه قولان ، وفي محلهما ثلاثة طرق :

أحدها : [أنه] [5] إن كان في النقل مئونةٌ فلابد من التعيين ، وإلا فقولان .

والثاني : عكسُ ذلك . والثالث : إطلاق القولين .

ولعل الأصح : أنه لا يُشْتَرط [6] ، ولكن يُنَزَّلُ المطلقُ على مكان العقد .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) . (٢) في (أ) : « والآخر » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « الدنية » ، والمثبت من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٥/٤) . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « الشرط الرابع : بيانُ محلِّ التسليم : في اشتراط بيان مكان تسليم المسلم فيه المؤجل اختلافُ نصٍّ وطرقٌ للأصحاب : أحدها : فيه قولان مطلقًا . والثاني : إن عقدا في موضع يصلح للتسليم لم يُشترط التعيين ، وإلا اشْتُرط . والثالث : إن كان لحمله مؤنةٌ اشْتُرط ، وإلا فلا . والرابع : إن لم يصلح الموضع اشترط ، وإلا فقولان . والخامس : إن لم يكن لحمله مؤنة لم يشترط ، وإلا فقولان . والسادس : إن كان له مؤنة اشترط ، وإلا فقولان ، قال الإمام : هذا أصحُّ الطرق ، وهو اختيار القفال . والمذهب الذي يُفْتَى به من هذا كله : وجوبُ التعيين إن لم يكن الموضعُ صالحاً ، أو كان لحمله مؤنة ، وإلا فلا » . انظر : روضة الطالبين : (١٢/٤ ، ١٣) .

الشرط السادس : تسليم رأس المال في المجلس

لأن رأسَ المال إذا [١] كان دَيْناً ، كان بيعَ الكالئ بالكالئ ، وإن كان عيناً فيجب تعجيلُه ؛ لأنه احتمل الغررَ في المسلم فيه لحاجة ، فيُجْبَرُ ذلك بتأَكُّدِ [٢] العِوَضِ الثاني بالتعجيل .

ثم لا خلاف أنه لو كان رأسُ المال نَقْدًا ، ولم يُعَيِّنْه ، ثم عيَّنه في المجلس كَفَاه ؛ لأن المجلسَ كالحريم فله حكمُ الابتداء ، وكذلك القولُ في بيع الدراهم بالدراهم في الصرف .

وأما في بيع الطعام بالطعام وجهان [٣] ، من حيث إنه إذا لم يُعينَّ [٤] طالت أوصافُه وظهر [٥] قضيةُ الدَّيْنِيَّة ، وقَرُبَ من بيع الدَّين بالدَّين بخلاف النقود .

فرع : إذا فُسِخَ السَّلَمُ بسببٍ : اسْتُرِدَّ عَيْنُ رأسِ المال ، إن كان معيَّناً عند العقد .

وإن عُيِّنَ عند القبض فوجهان ، والأصح : الرجوعُ إلى عَيْنه ، فالقبضُ [٦] في المجلس كإيراد العقد عليه ، وهو ملتفتٌ أيضًا على أن المسلمَ فيه إذا رُدَّ بعيبٍ كان ذلك نَقْضًا للمِلك في الحال [٧] فهو تبيُّنٌ [٧] ، لعدم جريان الملك فيه ؛ إذ خالَفَ الوصفَ المستحق .

الشرط السابع : تقدير رأس المال

وفيه قولان [٨] :

---

(١) في (أ) : « إن » .　　　(٢) في (أ) : « بتأكيد » .

(٣) الأصح من هذين الوجهين : الجواز ، كما في الروضة : (٣/٤) .

(٤) في (أ) : « يتعين » .

(٥) في (أ) : « ظهرت » ، وكلا الفعلين صحيحٌ ؛ لأن الفاعل مؤنث مجازي التأنيث ، فيجوز معه تذكير الفعل وتأنيثه .　　　(٦) في (أ) : « والقبض » .

(٧) في (أ) : « أو هو تبيين » .

(٨) قال في الروضة : « إذا كان رأسُ المال في الذمة اشْتُرِط معرفةُ قدره ، وذكْرُ صفته أيضًا إن كان عوضًا . فإن كان معينًا وهو مثلي فهل تكفي معاينتُه ، أم لابد من ذكر صفته وقدره ، كَيْلاً في المكيل ، ووزنًا في الموزون ، وزرعا في المزروع ؟ قولان ، أظهرهما : الأول . وقيل : إن كان حالًا كفت قطعًا ، والمذهب : طرد القولين فيهما . وإن كان متقومًا وضُبطت صفاتُه بالمعاينة ، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان ، قطع الأكثرون بعدم الاشتراط ، وهو المذهب . وقيل بطرد القولين » . انظر : روضة الطالبين : (٤ /٥) .

أحدهما - [وهو] [١] القياسُ ، وهو اختيار المزني - : أنه يجوز أن يكون جُزَافاً ؛ اعتمادًا على العِيان ، كما في البيع [٢] .

والثاني : لابد من التقدير ؛ لأنه قد يُفْسَخُ السلمُ فيُحتاج إلى الرجوع إليه أو إلى قيمتِه فيتعذَّر ، والسَّلمُ يُبْعَدُ عن الغرر ما أمكن .

واختلفوا في أن هذا الخلافَ / هل يجري في الجهل بقيمةِ رأس المال وفي السَّلم الحالِّ ؟ ٧٨/ب

فإن قيل : [و] [٣] هل يُشترط كونُ المسلم فيه مُثَمَّناً ؛ حتى لا يجوز السلمُ في النقود ؟

قلنا : فيه وجهان ، والأصح : جواز السَّلم منها [٤] ؛ إذ لا مانع منه [٥] .

* * *

(١) زيادة من (أ) .

(٢) انظر مختصر المزني : (٢/٢٠٧) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « فيها » .

(٥) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

الباب الثاني

في بيان ما يجب وصفُه في[1] المسلم فيه على التفصيل ، وما يمتنع السَّلَمُ فيه ؛ لِعِزَّة وجودِه ، أو لعدم إحاطةِ الوصف به .

والنظر في أجناس من[2] الأموال .

الجنس الأول : الحيوان :

والسَّلَم[3] فيه جائزٌ عندنا خلافًا لأبي حنيفة[4] .

والمعتمدُ فيه الأحاديث والآثار ، وإلا فالقياسُ مَنْعُه ؛ إذ أقربُ الحيوانات إلى قبول الوصف الطيورُ والحَمَامات ، ويختلف الغرضُ بِكِبَرِها وصَغَرِها .

ونحن[5] لا نُجَوِّز السَّلمَ في المعدودات إلا بالوزن ، والوزن لا يَضْبِطُ الحيوانَ مع اشتماله على أخلاطٍ متفاوتة ، ولكن إذا ثبت بالأحاديث فالرتبةُ العليا منه :

السلم في الرقيق :

ويُشترط فيه : النوعُ ، واللون ، والذكورة والأنوثة ، والسِّن ، فيقول : عَبْدٌ ، تُرْكيٌّ ، أسمرُ ، ابنُ سبع أو ابن عشر .

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) قوله : « من » : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فالسلم » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز السلم في الحيوان .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز السلمُ في شيء من الحيوان .

انظر : روضة الطالبين : (١٨/٤) ، مغني المحتاج : (١١٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٠٣/٤) ، مختصر الطحاوي : (٨٦) المبسوط : (١٣١/١٢) ، رءوس المسائل : (٢٩٩) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣/ ٧٩) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣٧/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٦٠/٢) .

(٥) في (أ) : « وعن هذا » .

والأصح : أنه لابُدَّ من ذكْر القامة ، فيقول : طويل أو قصير أو رَبْع ، ثم يُنَزَّل في كل رتبة على الأقل ، ولا يُقَيَّد [1] [ذلك] [2] بالأشبار [3] فيَعِزُّ [4] وجودُه .

وقال العراقيون : لا يُشترط القامة [5] .

أما التعرضُ لآحاد الأعضاء وكيفيةِ أشكالها : فلا يُعتبر ؛ لأن ذلك بَيِّنٌ أن يَطُولَ أو ينتهيَ إلى عِزَّةِ الوجود .

[و] [6] أما الكَحَلُ ، والدَّعَجُ ، وتَكَلْثُمُ الوجه ، وكونُ الجاريةِ خميصةً [7] مثقلةَ الأرداف [7] ، رَيَّانَةَ [8] الساقين ، وما يجري مجراه مما يُقْصَدُ ولا يَطُولُ ، ولا ينتهي إلى عزةِ الوجود ، قال العراقيون : لا يُشترط [9] ، وميل المراوزة إلى اشتراطه .

وفي المَلَاحةِ تردُّدٌ للقفال منشؤه : أنها جنسٌ يعرف أو [10] يختلف بميل الطباع .

الرتبة الثانية : البهائم :

قال الشافعي – رضي الله عنه – [11] : يقول في البعير : أسْلَمْتُ إليك في ثَنِيٍّ من نَعَمِ بني فلان غيرِ مُودَنٍ ، نَقِيٍّ من العيب ، سَبْطِ الخَلْقِ ، مُجْفَرِ الجَنْبَيْنْ .

أما الثَّنِيُّ : فهو الذي استكمل خمسَ سنين ، وبيانُ السِّنِّ لابد منه .

---

(١) في (أ) : « ولا يقدر » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « بالأشبان » .
(٤) في (ب) : « فيَقِلُّ » .
(٥) قال في الروضة : « الخامس : القَدُّ ، فيبين أنه طويلُ ، أو قصير ، أو ربْع . ونقل الإمام عن العراقيين ، أنه لا يجب ذكرُ القد . والموجود في كتب العراقيين القطع بوجوبه » . انظر : روضة الطالبين : (١٨/٤) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .
(٨) في (أ) : « رنانة » .
(٩) وما قاله العراقيون هو الأصح ، كما في الروضة : (١٩/٤) ، مغني المحتاج : (١١١/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٠٦/٤) .
(١٠) في الأصل : ونسخة (ب) : « أن » ، والمثبت من (أ) .
(١١) انظر : مختصر المزني : (٢٠٧/٢) .

والمودَنُ : الناقص القصير .

ومُجْفَرُ الجَنْبَيْن : عظيمُهما . وهو يضاهي التعرُّضَ للقَدِّ في العبيد [(١)] .

وقوله : « نقيّ من العيوب » احتياطًا [(٢)] ، ولابد أيضًا من ذكر اللون .

فرع : إن اختلف نَعَمُ بني فلان :

قال العراقيون : صحَّ ونُزِّل على ما ينطلق عليه الاسمُ ، وهذا تساهلٌ ، بل الوجه : القطع باشتراط [(٣)] تمييزِ الأنواع إذا سَهُلَ ذلك .

وكذلك الخيلُ يتعرَّضُ فيها للون ، والسِّن ، والنَّوع كالعربيِّ والتركيِّ .

أما الشياة كاللَّطِيم ، والأَغَرِّ ، والمُحَجَّلِ ، فذكْرُها احتياطٌ وليس بشرط .

الرتبة الثالثة : الطيور :

[و] [(٤)] يتعرض فيها [(٥)] للَّوْنِ والنوعِ ، والكِبَرِ ، والصِّغَر ، وسِنُّها لا يُعْرَفُ أصلاً .

فرع : إذا شَرَطَ مع الجارية الخادمة [(٦)] ولدَها : جاز ؛ لأن ذلك لا يَعِزُّ [(٧)] [وجودُه] [(٨)] في الحاضنات .

وإن كان يَطْلُبُ الجاريةَ للتَّسَرِّي ، فقد ينتهي شرطُ [(٩)] ذلك إلى عِزَّةِ الوجود ، فلا يجوز .

---

(١) في (أ) : « العبد » .

(٢) في (أ) : « احتياط » .

(٣) في (أ) : « باشتراطه » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « فيها » : ليس في (أ) .

(٦) كلمة : « الخادمة » : ليست في (ب) .

(٧) في (أ) : « يعسر » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) كلمة : « شرط » : ليست في (أ) .

الجنس الثاني : في (١) أجزاء الحيوان وزوائده (٢)

وفيه مسائل :

الأولى : يصح السَّلمُ في اللحم : فيقول : لحمُ بَقَرٍ ، أو غنمٍ ، أو ضَأْنٍ ، أو مَعْزٍ ، ذكرٍ أو أنثى خَصِيٍّ أو غير خَصِيّ ، رضيع أو فطيم ، معلوفة أو راعية ، من الفَخِذِ أو من الجنب ، ولا يُشترط نَزْعُ العَظْم ؛ فإنه كالنَّوى من التمر .

الثانية : إذا شَرَطَ في اللحم الهزالَ : لم يَجُزْ ؛ لأنه عيبٌ لا ينضبط [بالعادة] (٣) .

ولو أسلم في المشْوِيِّ والمطبوخ : قالوا : لا يجوز ؛ لاختلاف أثرِ النار .

وقال الصيدلاني : إذا أمكن ضبْطُه بالعادة : جاز ؛ فإن الأصح جوازه (٤) في الخبز والدقيق والدِّبْسِ والسكر (٥) والفانيد ، وفي (٦) الخبز والدِّبْس وجه آخر بعيد .

الثالثة : السَّلَمُ في رءوس الحيوانات قبل التنقية من الشُّعور : باطل ، وبعد التنقية ، قولان (٧) .

(٨) ووجه المنع : أنها تشتمل على مركباتٍ تختلف المقاصدُ بها والوزنُ (٨) لا

---

(١) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٢) كلمة : « وزوائده » : ليست في (أ) . (٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « لا يجوز السلمُ في اللحم المطبوخ ، والمشوي ، ولا في الخبز على الأصح كما سبق . وفي الدِّبْس والعسل المصفَّى بالنار ، والسكر ، والفانيذ ، واللبأ وجهان ، واستبعد الإمام المنع فيها كلها . قلت : وممن اختار الصحة في هذه الأشياءِ الغزالي وصاحب « التتمة » ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٢٢/٤) .

(٥) كلمة : « والسكر » : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « وافي » ، وهو خطأ من الناسخ .

(٧) الأظهر من هذين القولين : أنه لا يجوز السلم فيها ، كما في الروضة : (٢٢/٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ١١٤) ، نهاية المحتاج (٢١٢/٤) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « ووجهه أن الوزن » ، والمثبت من (أ) .

يَحْصُرُه ، والكبرُ [١] منه مقصودٌ ، فيلتحق بالمعدودات لا بالحيوانات .

والأكارعُ أولى بجواز السلم فيها [٢] ؛ لأنها أقربُ إلى قبول الضبط .

الرابعة : السَّمك المُمَلَّح : يجوز السلمُ فيه إن لم يكن للملح وزنٌ ، وإلا فلا ؛ إذ لا يُعْلَم المقصودُ منه بالوزن .

الخامسة : الجلود المدبوغة : إن كانت غيرَ مقطوعةٍ على التناسب : لم يَجُز السَّلَمُ فيها [٣] ؛ لتفاوت أطرافها ، وإن قطعت ، كالنعال السَّبتية ، فالظاهر : جواز السلم فيها بالوزن .

وفيه [٤] وجهٌ (° للمنع ؛ للتفاوت °) في الغِلَظ والدِّقة .

السادسة : يجوز السَّلم في زوائد الحيوان : من اللبن والسمن والزُّبْدِ والمخيض ، فَيَذْكُر الوزنَ والصفةَ . وما يختلف به القيمةُ ، ويذكر الحموضةَ في المخيض ، ويُنَزَّلُ [٦] على أقلِّ الدرجات .

ويَذْكُرُ في الصوف والوبر اللِّينَ والخشونةَ ، والطولَ والقصر .

الجنس الثالث : الثياب وأصولها

فيَذْكُرُ في الثوب : الطولَ والعَرْضَ ، واللونَ [٧] ، والأصلُ أنه من قطن أو كتّانٍ أو [من] [٨] إِبْرَيْسَمٍ ، والبلدَ الذي يُنْسَجُ فيه إن اختلفت به القيمةُ ، ويُسْلِمُ في القطن ، فيَذْكُرُ اللِّين ، والخشونةَ ، واللون ، والوزن .

---

(١) قوله : « والكبر » : ليست في (ب) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قوله : « فيها » : ليس في (أ) .

(٤) قوله : « وفيه » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « المنع التفاوت » .

(٦) في (أ) : « فينزل » .

(٧) قوله : (واللون) : ليست في (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

وإن كان مستترًا بالجوز : لم يَجُز السلمُ [فيه] [١] ، ويجوز [السلمُ] [٢] في المحلُوجِ وغيرِ المحلوج وإن كان (٣ فيها الحباتُ ٣) .

وكذلك يذكر في الإِبْرَيْسَم الدقةَ والغَلِظَ ، والناحيةَ التى منها يُجْلَب .

ويصح [٤] السَّلمُ في المصبوغ من الثياب ، فيذكر قدْرَ الصِّبْغ ودرجاته .

وتردد العراقيون في / المصبوغ بعد النسج ، وزعموا (٥ أن ذلك ٥) ضَمُّ صِبْغٍ لا يُعْرَفُ قدْرُه إلى الثوب ، وهو باطلٌ بالمصبوغ قبل النسج . ٧٩/أ

الجنس الرابع : الفواكه

يجوز السلمُ في رُطَبِها ويابسها ، وآلات الصيادلة إلا ما هو مخلوطٌ منه ، فيَذْكُرُ من جميعها ما تَختلف (٦ به القيمة ٦) .

ويذكر في العسل أنه جبليٌّ أو بلدي ، والجبليُّ خيرٌ ، وأنه ربيعيٌّ أو خريفي ، والخريفيُّ خيرٌ ، ويذكر اللون .

ويتعرض للمعتوق [٧] والحدوث في الرطب وبعضِ الفواكه ، ولا حاجة إليه في البُرِّ والحبوب ؛ إذ لا يَخْتلف به غرضٌ ، إلا إذا قَرُبَ من السُّوسِ [٨] ؛ فإن ذلك عيبٌ .

وأما الشهد : قال الفوراني : هو مختلطٌ ، فلا يُسْلَمُ فيه .

والأصح : جوازه ؛ لأنه متناسب .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « فيه حبات » .
(٤) في (أ) : « ويجوز » .
(٥) في (أ) : « أنه » .
(٦) في (أ) : « القيمة به » .
(٧) في (أ) : « للعتق » .
(٨) في (أ) ، و (ب) : « التسوُّس » .

الجنس الخامس : الخشب

فما يُراد للحَطَب تقل صفاتُه ، (١ فيَذْكُر الجنسَ واللون والوزن ولا حاجةَ إلى ذكر اليبوسةِ ١) ، فإن الرطوبةَ عيبٌ في الحطب . والغَلِظُ والدقةُ لابُدَّ من ذكره [٢] .

وما يُراد للنَّجْرِ ، كالجذوع والعُمُد ، فيذكر الطولَ والعرضَ والاستدارة ، والنوع . وقال الشيخ أبو محمد : تحتاج [٣] إلى شرط الوزن أيضًا [٤] ؛ لأنه قد يَصِيرُ حَطَبًا فيُطْلَبُ وزنُه .

والمنحوت من الخشب : لا يجوز السلمُ فيه ؛ لتفاوت أجزائه إلا إذا تناسبَ على وجهٍ يُمْكِنُ ضَبْطُه ولا يختلف . ويجوز السلمُ في خشب النَّبَال قبل النحت .

الجنس السادس : في [٥] الجواهر

فيذكر في الحديد : الوزنَ والذكورةَ والأنوثة .

ويتعرض في النحاس وغيره لما تختلف به القيمةُ [٦] .

ويتعرض في حجر الرَّحَى للطول [٧] والعرض والاستدارة والوزن .

واللآلِئُ واليواقيت لا يُسْلَم فيها ؛ لعِزَّةِ وجودها ، (٨ إذا أَطْنَبَ في ٨) وصف ما تختلف به القيمةُ .

واللآلِئُ الصغارُ التي لا يَعِزُّ وجودُها . يجوز السَّلمُ فيها بالوزن .

---

(١) في (أ) : « فيذكر الوزن والجنس ولا يحتاج إلى ذكر اليبوسة » .

(٢) في (أ) : « ذكرها » .

(٣) كلمة : « نحتاج » : ليست في (أ) .

(٤) والصحيح : أنه لا يشترط الوزن ، كما في الروضة : (٢٦/٤) .

(٥) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « القيم » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الطول » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « الجنس السابع » .

قال الشيخ أبو محمد : وكذلك فيما يُتَحَلَّى به غالباً ، وهو مالا يزيد وزنُه على سدس ، فإن [(١] ذلك أيضاً [١)] يَكْثُرُ وجودُه وتُعْرَفُ صفاتُه .

الجنس السابع : المختلطات

وهي ثلاثةُ أضْرُبٍ :

الأول : المختلطُ خلقة ، كاللَّبَن والشَّهْد [(٢)] : يجوز السلمُ فيهما [(٣)] .

الثاني [(٤)] : مالا يُقْصَدُ خليطُه . كالجُبْن وفيه الأنفحةُ ، والخبز وفيه الماء والملح : يجوز السلمُ فيه ؛ لأنه في حكم الجنس الفرد .

الثالث : ما يُقْصَدُ جميعُ أركانه ، كالمعجونات ، والمرق ومعظم الحلاوى ، والخِفَاف [(٥)] والصنادل [(٦)] ، والقِسِيِّ والنِّبال : لا يجوز السلمُ في شيءٍ منها ؛ لأنه لا يَنْضَبِطُ آحادُ أركانِه .

[(٧] وكذلك قِسِيُّ العَرَبِ [٧)] ، وإن لم يكن فيه [(٨)] إلا خشبٌ ولكن يَتفاوت تخريطُه وهَيْآته .

ويجوز السلم في دُهْن الْبَانِ والبنفسج ؛ لأنه لا يُقْصَدُ تخليطُه بل لا يخالطه البنفسج ، فإن السمسمَ يُرَوَّح بالبنفسج ثم يُعْتَصر .

وظنَّ المزني أنه يختلط بعينه فمَنَعَ السلمَ فيه ، وهو غلط .

---

(١) قوله : « ذلك أيضاً » : ليس في (أ) .

(٢) كلمة : « والشهد » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فيه » .

(٤) في (أ) : « والثاني » .

(٥) كلمة : « والخفاف » : مكررة في الأصل .

(٦) في (أ) : « وآلات الصيادلة » .

(٧) في (أ) : « وكذا القسيُّ العربية » .

(٨) في (أ) : « فيها » .

فرعان :

أحدهما : خَلُّ الزبيب والتمر . قطع العراقيون بجواز السَّلم فيه [(١)] .

وقطع المراوزةُ بالمنع [(٢)] ؛ لأنه يُمْنَعُ [(٣)] معرفةُ المقصود ؛ إذ قدْرُ الماء يختلف فيه .

الثاني : العتابي ، مُركَّبٌ من القطن والإبريسم فيه وجهان [(٤)] ؛ لأنه في حكم جنسٍ واحدٍ من وجه .

ونصَّ الشافعي - رضي الله عنه - [(٥)] على السَّلم في الخزِّ ، [وهو] [(٦)] محمولٌ عند هذا القائل على ما إذا لم يكن فيه إبريسمٌ .. بل اتَّحَدَ جنسُه .

وعلى الجملة ، المُحَكَّمُ في جميع ذلك العُرْفُ والعادةُ ، ولا يمكن الوفاءُ بجميع الصور ، وفيما ذكرناه تنبيه على ما تركناه .

* * *

---

(١) وهذا هو الأصح ، كما في الروضة : (١٦/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٠١/٤) .

(٢) في (أ) : « بمنعه » .

(٣) في (أ) : « يمتنع » .

(٤) الوجه الصحيح : أنه يجوز السلم فيه ، كما في الروضة : (١٦/٤) ، مغني المحتاج : (١٠٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٠١/٤) .

(٥) انظر : الأم : (١١١/٣) .

(٦) زيادة من (أ) .

الباب الثالث : في أداء المُسْلَم فيه

والنظر في : صفته ، وزمانه ، ومكانه .

أما الصفة :

فلو [١] أَتَى بغير جنسه : لم يَجُزْ قبولُه ؛ لأنه اعتياض .

وإن أتى بأردأ منه ؛ جاز قبولُه ولم يَجِب .

وإن أتى بأجود : وجب قبولُه . وقيل : لا يجب ؛ لأن فيه مِنَّةً ، وهو بعيدٌ .

ولو أتى بنوعٍ آخر ، كما لو أسْلَمَ في الزبيب الأبيض ، فأتى بالأسود ، ففي جواز القبول وجهان [٢] ، منشؤه [٣] : أنَّ اختلافَ النوع كاختلاف الوصف ، أو كاختلاف الجنس ؟

وتردَّدُوا في أن التفاوتَ بين السقية من الحنطة ، وما يُسقى من السماء ، تفاوتُ صفةٍ ، أو تفاوتُ نوع [٤] ، وكذلك في الرطب مع التمر .

وترددوا في أن التفاوتَ بين الهنديِّ والتركيِّ من العبيد اختلافُ جنس أو اختلافُ نوع [٥] ؟

فرع : لو أسلم في لحم السمك : لم يلزمه قبولُ الرأس والذَّنَبِ ، وكذا لحمُ الطير ، ولو أسلم في السمك والطير : لَزِمَه القبول .

أما الزمان [٦] :

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) الأصح من هذين الوجهين : أنه يحرم قبوله ، كما في الروضة : (٢٩/٤،٣٠) ، مغني المحتاج : (١١٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٢١٤/٤) .

(٣) في (أ) : « منشؤهما » .

(٤) هذا هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٠/٤) ، مغني المحتاج : (١١٥/٢) .

(٥) هذا هو الصحيح ، كما في الروضة : (٣٠/٤) ، مغني المحتاج : (١١٥/٢) .

(٦) قال الحموي : « قوله : (وأما الزمان : فلا يطالب به إلا عند المحل لكن لو جاء به قبل المحل فإن كان له في التعجيل عوضٌ بأن كان في الدين رهنٌ أو ضامن أو المكاتب عجل نجوم الكتابة : أُجْبرَ على القبول إلى آخره) .

قال المصنف : ذكر الشيخ أنه إذا كان للمستحق عليه عوضٌ بأن كان له عند المستحق رهنٌ أو =

فلا يُطَالَبُ [١] إلا بَعْدَ المحلِّ ، ولكنه لو جاء به قبل المحلِّ ، فإن كان له في التعجيل غرضٌ ، فإن [٢] كان [له] [٣] بالدين رهنٌ ، أو ضمانٌ [٤] ، أو المكاتبُ عَجَّلَ النجومَ : يُجْبَرُ على القبول .

وإن لم يكن غرضٌ سوى البراءة ، نُظِرَ : فإن كان للممتنع غرضٌ بأن كان في وقت نَهْبٍ وغارةٍ ، أو كانت [٥] دابة يَحْذَرُ من عَلَفِها ، فلا يُجْبَر .

وإن لم يكن غرضٌ في الامتناع ، فقولان [٦] :

= ضامن ، أو المكاتب عجَّل نجومَ الكتابة : أنه يجبر المستحق ، والمنقولُ : أنه إذا كان عليه ضررٌ لم يُجْبَر في صورة دفع الدين حتى نقل ذلك ، وإن لم يكن عليه ضررٌ أجبر ، كما ذكر في صورة لم يكن له عوضٌ سوى البراءة على التفصيل الذي تقدَّم ، وإن لم يكن له عوضٌ في الامتناع فقولان ، وإن كان له عوضٌ بأن كان وقتَ نهبٍ أو غارة أو دابة يحذر من عَلَفها ، وهذا يتجه أيضًا في صورة كان للمسلم عوض ولكن على المستحق ضررٌ فإنه لا يجبر وإن لم يكن أجبر ، وهذا يخالف ما ذكره الشيخ .

قلت : أمكن أن يحمل ما ذكره من الإطلاق المتقدم على التفصيل المذكور إذا لم يكن له عوض سوى البراءة ، أو بالقياس على المسلم إليه إذا كان له عوض فلا يجبر المستحق ، إذا ثبت هذا فقد ذكر صاحبُ النهاية إذا كان عليهما ضررٌ فالذي قطع به الأكثرون : أنه يرعى مستحق الحق ويقطع بأنه لا يجبر ؛ لعذره اللائح . ومنهم من جعل تقابُلَ العددين كسقوطهما وجعل المسألة على قولين ، وإذا كان كذلك صار كأن لم يكن لواحدٍ منهم عوضٌ ، وقد ذكر الأصحاب فيه وجهين : أحدهما : يجبر المستحق . والثاني : لا يجبر . فعلى هذا يمكن أن يكون اختيارٌ من الوجهين أنه يجبر المستحق ويكون ما ذكره إطلاقه فيما إذا كان للمستحق عليه عوض . وبه خرج الجواب .

(١) في (أ) : « نطالبه » .
(٢) في (أ) : « بأن » .
(٣) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .
(٤) في (أ) : « ضامن » .
(٥) كلمة : « كانت » : ليست في (أ) .

(٦) قال في الروضة : « وإن لم يكن له غرض في الامتناع فإن كان للمؤدِّي غرضٌ سوى براءة الذمة ، بأن كان به رهنٌ أو كفيل ، أُجبر على القبول على المذهب . وقيل : قولان وهل يلحق بهذه الأعذار خوفُه من انقطاع الجنس قبل الحلول ؟ وجهان ، الأصح : يلحق . وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى براءة الذمة ، فقولان ، أصحهما : يجبر ، وإن تقابل غرضاهما ، فالمرعيُّ جانبُ المستحق على المذهب . وقيل بطرد القولين ، وعكس الغزالي هذا الترتيب ، وهو شاذ مردود » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٣٠،٣١) .

أحدهما : يُجْبَرُ ، لأن الأَجَلَ حقُّ مَنْ عليه الدينُ ، وقد أسقطه .

والثاني : لا ؛ لأن فيه مِنَّةً .

فإن قيل : لو [1] صرَّح مَنْ عليه الدينُ بإسقاط الأجَلِ هل يَسْقُطُ حتى تتوجَّهَ عليه [2] المطالبةُ ؟

قلنا : فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ [لأن الأجلَ] [3] وصفٌ / تابعٌ ، كالصحة في الدراهم ، لا يسقط ٧٩/ب بمجردها مع بقاء الأصل .

والثاني : نعم ؛ لأن الدَّيْنَ عليه ، والأجَل هو له .

فرعان :

أحدهما : لو خاف المسلمُ إليه الانقطاعَ لدى المحل ، فهل يكون [4] هذا عُذْرًا في التعجيل ؟ فيه وجهان [5] .

الثاني : لو سَلَّم في غير مكانِ العقد ، وكان فيه مئونةٌ فهذا عذرٌ [6] من جانب المستحق ، فلا يجبر .

أما إذا أتى بالحقِّ بعد حلوله فلاشكَّ في الإجبار [7] إن كان للمؤدِّي غرضٌ ،

---

(١) في (أ) : « فلو » .
(٢) كلمة : « عليه » : ليست في (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « لأنه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « تكون » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٥) الأصح من هذين الوجهين : أنه يكون عذراً في التعجيل ، كما في الروضة : (٣١/٤) .

(٦) في (أ) : « عذره » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الأخبار » ، والمثبت من (أ) .

وإن [١] لم يكن غرضٌ فطريقان [٢] ، ولا أثر هاهنا لعذر المستحق .

منهم [٣] من قال : فيه قولان كما قبل المحل ؛ لأنه حقُّه فله التأخيرُ إلى حيث يشاء .

ومنهم من قطع بالإجبار لغرضِ البراءة فَلْيَأْخُذْ أم [٤] ليُبْرِئْ [٥] .

أما مكان التسليم :

يتعين فيه مكانُ العقد ، إما بالتعيين ، أو بالإطلاق ، فلو ظفر به في غيره وكان في نقله مئونةٌ : لم يُطالب به ، وإن لم يكن مئونة فله المطالبة .

وكذا في سائر الديون ، إلا في الغاصب ، فإن في مطالبته مع لزوم المئونة وجهان [٦] ؛ تغليظًا عليه من [٧] حيث منعناه من المطالبة بالمثل ؛ لما فيه من المئونة ، فلابد من القيمة ؛ لوقوع الحيلولة بعد ثبوت الاستحقاق ، وتوجُّه المطالبة [٨] .

هذا تمام القول في السَّلَم .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) قال في الروضة : « وأما إذا كان السلم حالًّا فله المطالبةُ به في الحالِ . فلو أتى به المسلم إليه ، فامتنع من قبضه ، فإن كان للدافع غرضٌ سوى البراءة أجبر على القبول ، وإلا فالمذهب : أنه يجبر على القبول أو الإبراء . وقيل : على القولين ، وحيث ثبت الإجبارُ ، فلو أصر على الامتناع أخذه الحاكم له » . انظر : روضة الطالبين : (٣١/٤) .

(٣) في (أ) : « ومنهم » .

(٤) في (أ) : « أو » . (٥) في (أ) : « لِيبَرّ » .

(٦) قال في الروضة : « ولو ظفر المالكُ بالغاصب في غير مكانِ الغصب أو الإتلاف ، فهل له مطالبتُه بالمثل ؟ فيه خلاف ، الأصح : ليس له المطالبة إلا بالقيمة » . انظر : روضة الطالبين : (٣١/٤) .

(٧) في (أ) : « ثم » . (٨) في (أ) : « الطلب » .

القسم الثاني من الكتاب : النظر في القرض

والنظر في حقيقته ، وركنه ، وشرطه ، وحكمه .

أما الحقيقة :

فهي مَكْرُمةٌ جَوَّزَتْها الشريعةُ لحاجة الفقراء ، ليس على حقائق المعاوضات ، ولذلك لا يجوز شرطُ الأجل فيه ؛ لأن المُقْرِضَ (١) متبرِّعٌ ، والمتبرعُ بالخيار في تبرعه [بالرجوع ، والأجلُ يمنع الرجوعَ] (٢) ، ولو لزم الأجَلُ لكان (٣) معاوضةً ولوجب التقابضُ [في المجلس] (٤) ؛ فإنه مقابلةُ دراهمَ بمثلها .

وقال مالك (٥) - رحمه الله - : يَثْبَتُ الأجَلُ .

ولذلك (٦) لو رجع عن الإقراضِ في الحال قَبْلَ تصرُّفِ المستقرض وطالَبَ به : جاز .

وقال مالك (٧) - رحمه الله - : لا يجوز ، وطرَدَ ذلك في العواري ، وكأنَّ القرضَ

---

(١) في (أ) : « المقترض » . (٢) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « لكانت معاوضةً » . (٤) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز اشتراطُ الأجل في القرض ؛ لأن القرضَ تبرعٌ يجوز الرجوعُ فيه ، والأجل يمنع الرجوع .

ومذهب المالكية : أنه يجوز اشتراطُ الأجل في القرض ، ولليس للمقرض مطالبةُ المقترض قبل حلول الأجل .

انظر : التنبيه للشيرازي : (٧٠) ، روضة الطالبين : (٣٤/٤) ، المجموع : (٢٥٥/١٢) ، نهاية المحتاج : (٤/ ٢٣١) ، الكافي : (٣٥٨) ، القوانين الفقهية : (٢٩٣) .

(٦) في (أ) : « وكذلك » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز للمقرض الرجوعُ عن إقراضه وطلبُه من المقترض قبل التصرف فيه .

ومذهب المالكية : أنه لا يجوز الرجوعُ عن الإقراض في الحال قبل تصرف المقرض ، ما لم يُشترط ذلك أو تكون هناك عادةٌ بذلك ، وإلا فلا . انظر : المجموع : (٢٥٧/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩١/١) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٢٢٦/٣) .

عند الشافعي – رضي الله عنه – إذنٌ في الإتلاف بشرط الضمان فهو قريبٌ منه ، إن لم يكن عَيْنَه .

أما ركنه :

فالمُقْرِضُ ، والمُقْرَضُ [١] ، والصيغة .

أما الصيغة : فقوله : أقْرَضْتُك ، أو خُذْه بمِثْلِه ، وهل يُشترط القبولُ ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه إذنٌ في الإتلاف بعِوَض .

والثاني : نعم [٢] ؛ لأنه يَمْلِكُه المستقرضُ ، بالقبض أو التصرف ، فليس إتلافًا محضًا .

أما المُقْرِضُ : فليس يُشترط فيه إلا أهليةُ التمليكِ والتبرُّعِ ؛ [٣] فإنه تبرعٌ [٣] ، ولذلك لا يجوز في مال الطفل إلا لضرورةٍ ، وكذا المكاتبُ على ما سيأتي في الرهن .

أما المُقْرَضُ : فكلُّ ما يجوز السَّلَمُ فيه يجوز قَرْضُه إلا الجواري ، ففيه قولان [٤] منصوصان :

القياس : الجواز ، كما في العبيد .

ووجه المنع : أن المستقرضَ يَتسلَّطُ على الوطء ، ويتسلط المقرضُ على الاسترداد ، فيبقى الوطءُ في صورةِ إباحة [٥] .

ولا خلافَ في أنه لو كانت الجاريةُ مَحْرَمًا للمستقرض : جاز إقراضُها ، وقد نُقِلَ عن الصحابة النهيُ عن إقراض الجواري ، فاستحسن الشافعي – رضي الله عنه – ذلك .

---

(١) في (أ) : « والمقترض » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٣٢/٤) ، مغني المحتاج : (١١٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٢٢/٤) .

(٣) قوله : « فإنه تبرع » : ليس في (أ) .

(٤) الأظهر من هذين القولين وهو المنصوص قديمًا وجديدًا : أنه لا يجوز إقراضُ الجواري إن كانت حلالاً للمقترض ، كما في الروضة : (٣٢/٤،٣٣) ، المجموع : (٢٥٩/١٢) ، مغني المحتاج : (١١٨/٢) ؛ نهاية المحتاج : (٢٢٦/٤) .

(٥) في (أ) : « الإباحة » .

وقال الأصحاب : بناءُ القولين على أن المستقرضَ يَمْلِكُ بالقبض [١] أم [٢] بالتصرف ؟

فإن قلنا : [يملك] [٣] بالقبض ، فلا [يجوز الإقراض] [٤] ؛ لأنه يُؤدِّي إلى استباحة الوطء .

وإن قلنا : بالتصرف ، فنعم [٥] .

ومنهم من عكس [٦] الترتيبَ وقال : إن قلنا : يملك بالتصرف فلا ؛ لأنه [٧] يقع في يده من غير مِلك ، ففيه خَطَرُ الوطء ، ولا خطرَ إذا ملّكناه ، فليطأها .

فإن قيل : وما لا يجوز السَّلمُ فيه ، ولا يجوز بيعُ بعضِه ببعض ، هل يجوز إقراضه ؟

قلنا : أطلق الأصحابُ مَنْعَه .

وذكر الشيخ أبو علي وجهًا في جوازه ، و [هل] [٨] هو مبنيٌّ على أن المقْرَضَ [٩] يَرُدُّ المِثْلَ في ذواتِ القيم أو القيمة ؟ فإن قلنا : يرد القيمة ، جاز إقراضُ كلِّ مالٍ مُتقَوَّمٍ .

أما شرطه :

فهو أن لا يَجُرَّ منفعةً ؛ لنهي رسول الله ﷺ عن قرضٍ جَرَّ منفعةً [١٠] .

---

(١) الأظهر من هذين القولين : أن المستقرض يملك بالقبض ، كما في الروضة : (٣٥/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٣٢/٤) .

(٢) في (أ) : « أو » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « نعم » .

(٦) في (أ) : « علس » .

(٧) في (أ) : « فإنه » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « المقترض » .

(١٠) انظر ذلك النهي في : السنن الكبرى للبيهقي : (٣٤٩/٥، ٣٥٠) ، وكنز العمال : (٢٣٨/٦) حديث رقم : (١٥٥١٦) .

وأخرج ابن ماجه حديثًا في معنى ذلك النهي ، ولفظه : أن النبي ﷺ قال : « إذا أقرض أحدُكم قرضًا فأهدى له ، أو حمله على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » انظر : سنن ابن ماجه : (٨١٣/٢) (١٥) كتاب الصدقات (١٩) باب القرض (٢٤٣٢) ، وانظر التلخيص الحبير : (٣٤/٣) حديث رقم : (١٢٢٧) .

فإنْ شَرَطَ زيادةً أو منفعةً : فسد ؛ حتى لا يُفِيدَ المِلْك وصحةَ التصرف فيه [1] .

وللشرط صور :

إحداها : إن شَرَطَ الكفيلَ والرهنَ والشهادةَ في القرض : يجوز ؛ لأنه أحكامٌ له ، لا زيادةٌ عليه .

ولو شَرَط رهناً في دينٍ آخرَ : فهو منفعةٌ ، وكذا إذا شَرَطَ في المكسَّرة ردَّ الصحيح ، أو أن يشتري منه شيئاً .

الثانية : أن يشترط في الصحيح ردَّ المكسور [2] : فهذا غيرُ مُفْسِدٍ [3] ؛ لأنه وعدٌ بمسامحة ، ثم [4] لا يلزم .

وكذلك إذا شرط الأجلَ : لا يلزم ولا يَفْسُدُ ، إلا إذا كان في زمانِ نَهْبٍ [5] وغارة : فهو مفسدٌ ؛ لأن فيه غرضًا .

الثالثة : أن يقول : أقْرَضْتُك هذا بشرطِ أن أُقْرِضَك غَيْرَه : صحَّ ولم يلزم الشرطُ ؛ لأنه وَعْدٌ ، وكذا إذا قال : وَهَبْتُ بشرط أن أَهَبَ .

بخلاف ما إذا قال : بِعْتُكَ بشرطِ أن أَهَبَك شيئًا : فيَفْسُدُ البيعُ ؛ لأن العِوَضَ يكون مبذولًا في مقابلة المبيع ، والمتوقعِ هبتُه ، فيتطرق إليه خَلَلٌ وجهل .

هذا في الربويات ، أما في غير الربويات ففي شرطِ الزيادة وجهان :

أحدهما : التَّسوية [6] ؛ لعموم النهي [7] .

والثاني : الجواز ؛ لأن الزيادةَ تلزم بالعقد والمقابلة ، وقد وُجِدَت ، ولكن يمتنع ذلك

---

(١) قوله : « فيه » : ليس في (ب) . (٢) في (أ) : « المكسر » .

(٣) في (ب) : « غير صحيح » . (٤) قوله : « ثم » : ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « نهيب » . (٦) في (أ) : « لا تسوية » .

(٧) وهذا الوجه هو الصحيح ، كما في الروضة : (٣٤/٤) .

في الربويات ، وهذا فاسد ؛ لأن [1] صيغةَ المعاوضة لم تُشترط ، فإن شرط : فهو بيعٌ [فاسد] [2] وليس بقرض ، والقرضُ بمطلقه ليس له حكمُ [3] / البيع ، ولذلك عند ترك ٨٠/أ الزيادة في الربويات لم يُشترط التقابضُ .

فإن قيل : نُقل أنه - عليه السلام - استسلف بعيراً ببعيرين [4] ؟

قلنا : [كان] [5] ذلك في عقد السَّلم .

أما حكمه :

فهو التمليكُ [6] ، ولكن بالقبض أو بالتصرف ؟ فيه قولان مفهومان من معاني كلام الشافعي رضي الله عنه .

أقيسهما : أنه بالقبض [7] ؛ لأنه لا يتقاعد عن الهبة ، [8] مع أنه للعوض فيه مدخلٌ [8] ، ولأنه يملك التصرفَ بعد القبض فيَدُلُّ [9] على تقدُّم الملك .

---

(١) في (أ) : « فإن » . (٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « حلم » وهو خطأ .

(٤) أخرجه أبو داود : (٢٤٨/٣) ( ) كتاب البيوع ( ) باب الرخصة في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » (٣٣٥٧) . ولفظه : « عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً ، فنفدت الإبلُ ، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة ، فكان يأخذ البعيرَ بالبعيرين إلى إبل الصدقة » ، والدارقطني في سننه : (٧٠/٣) حديث رقم : (٢٦٤،٢٦٣) من كتاب البيوع . والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٤٩/٨ ، ٥٠) كتاب البيوع (١١) باب إسلاف العرض في العرض و (٥٦) باب في استقراض الحيوان ، حديث رقم : (١١٠٧٦ ، ١١٠٨٣ ، ١١٠٨٤ ، ١١٦٠٧) ، والحاكم في المستدرك (٥٧/٢) ، والحافظ الذهبي في التلخيص بذيل المستدرك : (٥٧/٢) . وقال الحاكم : هذا الحديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وانظر : نصب الراية للزيلعي : (٤٧/٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٨/٣) حديث رقم : (١١٣٨) .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) في (ب) : « التملك » .

(٧) قال في الروضة : « أظهرهما : بالقبض » . انظر : روضة الطالبين : (٣٥/٤) ، المجموع : (٢٥٧/١٥) .

(٨) في (أ) : « مع أن للعوض فيه مدخلاً » . (٩) في (أ) : « فدل » .

والثاني : أنه يملك بالتصرف ، فيتبين تقدُّمُ المِلك عليه ؛ لأنه تفويتٌ بالإذن بشرط الضمان ، وليس بتمليكٍ وعقد ، والتفويتُ يحصل بإزالةِ العين أو الملك .

التفريع :

إن قلنا : يملك بالقبض ، [1] فله أن يَرُدَّه بعينه ؛ إذ له أن يَرُدَّ بدلَه [1] ، فهو أولى . ولو رجع المقرضُ في عينه : جاز [له] [2] ؛ لأنه أقربُ من بدله ، وله أخْذُ بدلِه .

وذكر الشيخ أبو محمد [3] وجهاً [4] : أن النظرَ فيه إلى جانب المستقرض [5] وإرادته ، فإن لم يرد عينَه فله ذلك .

وإن قلنا : يملك بالتصرف ، فلا خلافَ في أنه يملك بكل تصرُّفٍ مُزِيلٍ للملك ، كالبيع والإعتاق ، وما يُستباح بالإباحة ، كالإعارة والاستخدامِ فلا يَمْلِكُ به .

وأما [6] الإجارةُ والرهن والبيع بشرط الخيار ، ففيه طرق [7] :

قال الشيخ أبو محمد : كلُّ ما [8] يَقْطَعُ رجوعَ الواهب والبائع في عين متاعِ المفلس يملك به ها هنا .

---

(١) في (أ) : « فله أن يرد بدله ؛ إذله أن يرد بدله » .   (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في نسخة (أ) : « أبو عليّ » ، وفي نسخة أخرى : « أبو عليّ » كذا على هامش الأصل .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « وجهين » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « المقترض » .   (٦) في (أ) : « أما » .

(٧) قال في الروضة : « وإن قلنا : يملك بالتصرف ، فمعناه : أنه إذا تصرف ، تبيَّن ثبوتُ ملكه . ثم في ذلك التصرف أوجه : أصحها : أنه كل تصرف يزيل الملكَ . والثاني : كل تصرف يتعلق بالرقبة . والثالث : كل تصرف يستدعي الملك . فعلى الأوجه : يكفي البيعُ ، والهبة ، والإعتاق ، والإتلاف . ولا يكفي الرهنُ ، والتزويج ، والإجارة ، وطحن الحنطة ، وخبز الدقيق ، وذبح الشاة ، على الوجه الأول .

قلت : فتكون هذه العقودُ باطلةً . والله أعلم . ويكفي ما سوى الإجارة على الثاني ، وما سوى الرهن ، على الثالث ؛ لأنه يجوز أن يستعير الرهن ، فيرهنه » . انظر : روضة الطالبين : (٣٥/٤) .

(٨) في (أ) : « كلما » .

وقال آخرون : كلُّ تصرفٍ لا ينعقد بدون الملك ، فيَخرجُ الرهنُ عنه ، فإنه يجوز في المستعار ، بخلاف الإجارة .

وقال آخرون : كلُّ تصرفٍ لازمٍ يتعلَّقُ [١] بالرقبة [٢] فيَدْخُلُ فيه الرهنُ ، ويَخْرُجُ منه الإجارةُ والبيعُ الجائز .

وقال آخرون : لا يملك إلا بتصرفٍ مُزِيلٍ للملك أصلًا .

فإن قيل : المستقرضُ [٣] ماذا يؤدِّي [٤] ؟ قلنا : المِثْلُ في المثليَّات .

وفي ذوات القيم وجهان :

أشبههما بالحديث : ردُّ المثل [٥] ؛ لما رُوي أنه – عليه السلام – استقرض « بكرًا » وردَّ « بازلاً » وقال – عليه السلام – : « خيرُكم أحْسَنُكم قضاءً » [٦] ، ولأنه لو

---

(١) في (أ) : فراغ في المخطوطة مكان كلمة : « يتعلق » .

(٢) في (أ) : « في الرقبة » . (٣) في (أ) : « المقترض » .

(٤) قال الحموي : « قوله : (ماذا يؤذي ؟ قلنا : المثل في المثليات ، وفي ذوات القيم وجهان ، أشبههما بالحديث ردُّ المثل ، لما روى أن النبي ﷺ استقرض بكراً ورد بازلاً) .

قال المصنف : « استشهد الشيخ أنه يرد المثلَ في المثليات للحديث ، وليس ذلك من المثليات ، وقد ذكر الشيخ حدَّه في الغصب فقال : الذي يتساوى أجزاؤه من حيث الذات لا من حيث الصيغة على الصحيح . والمثل الذي ذكر في القرض ليس كذلك لما لا يخفى » .

قلتُ : المثل يطلق على معنيين : أحدهما من حيث الذات في الغصب وهو بطريق الحقيقة . والثاني : من حيث الصورة كما في البكر مع البازل وهو بطريق المجاز . ومراده هنا بطريق المجاز ، وهو مثلٌ من حيث الصورة ، والإشكال ضعيفٌ ، وإنما ذكره لكون بعض الفقهاء استشكله وأجيب عنه كذلك .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح عند الأكثرين ، كما في الروضة : (٣٧/٤) ، مغني المحتاج : (١١٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٢٨/٤ ، ٢٢٩) .

(٦) أخرجه البخاري : (٦٩/٥) (٤٣) كتاب الاستقراض . (٤) باب استقراض الإبل (٢٣٩٠) ، ومسلم : (١٢٢٤/٣)(٢٢) كتاب المساقاة (٢٢) باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه »(١٦٠٠ ، ١٦٠١) ، وأبو داود : =

وجب[1] القيمةُ لافتقر إلى الإعلام .

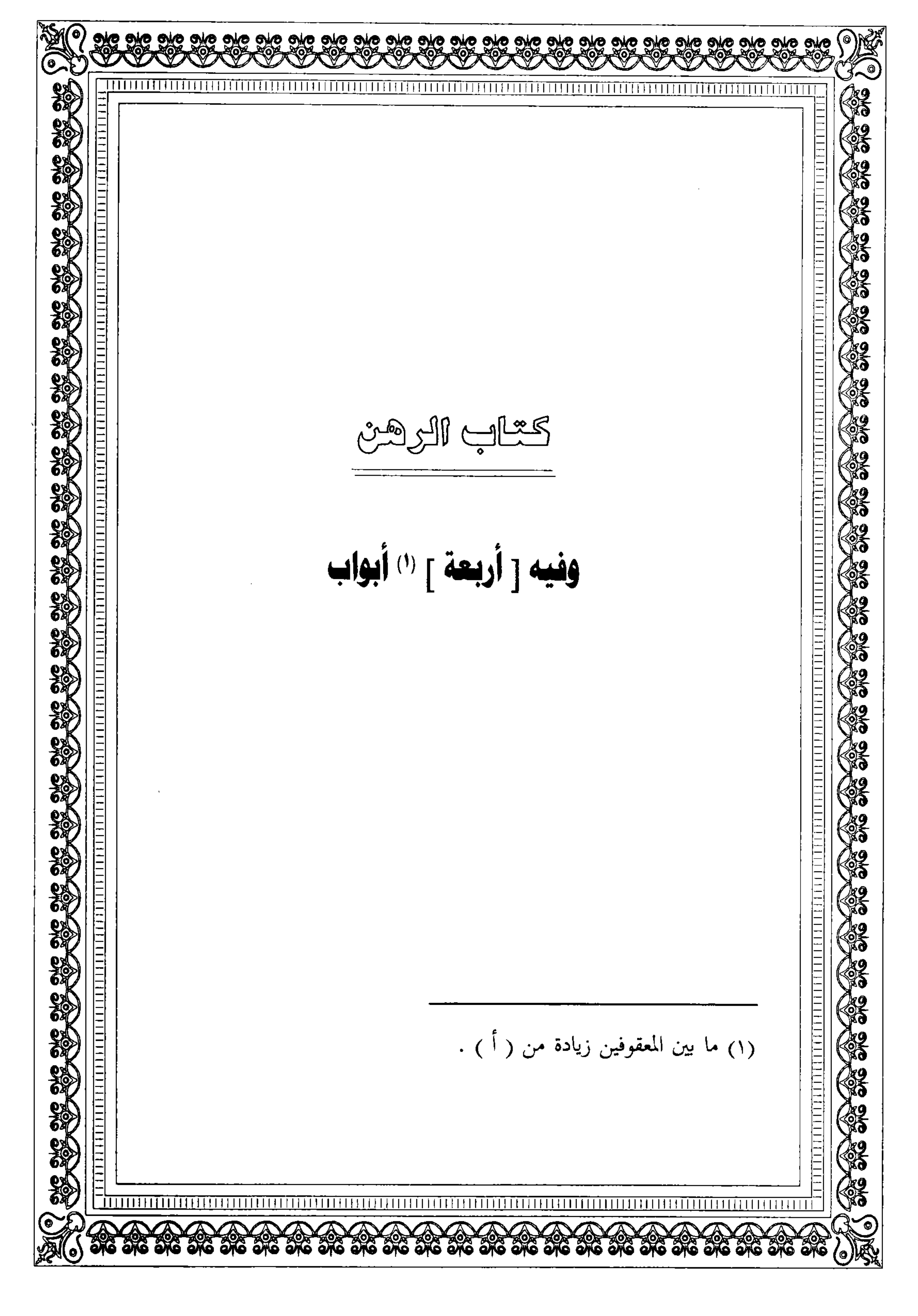
والثاني - وهو القياس - : وجوبُ القيمة ، (2) والله أعلم وأحكم 2) .

* * *

= (٢٤٥/٣) () كتاب البيوع () باب في حسن القضاء (٣٣٤٦) ، والترمذي : (٦٠٧/٣) (١٢) كتاب البيوع (٧٥) باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن (١٣١٦) ، (١٣١٨) ، والنسائي : (٢٩١/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٦٤) باب أستسلاف الحيوان واستقراضه (٤٦١٧ ، ٤٦١٨) ، وابن ماجه : (٧٦٧/٢) (١٢) كتاب التجارات (٦٢) باب السلم في الحيوان (٢٢٨٥ ، ٢٢٨٦) وراجع : تلخيص الحبير : (٣٣/٣ ، ٣٤) حديث رقم : (١٢٢٦) .

(١) في (أ) : « وجبت » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .



كتاب الرهن

وفيه [أربعة] [1] أبواب

(١) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) .



الباب الأول : في أركان عقد الرهن ومُصَحِّحاته

وأركانه [1] أربعة : الراهن ، والمرهون ، والمرهون به ، وصيغة العقد .

الركن الأول : [في][2] المرهون

وفيه ثلاثة شرائط :

الشرط الأول : أن يكون عيناً .

فلو رهن دَيْنًا : لم يصح ؛ لأنه يَلْزَمُ بالقبض ، والقبضُ لا يُصادِفُ ما يتناوله [3] العقدُ ، ولا مُستَحقًّا بالعقد ، ولذلك [4] (° لا يصح هبةُ الدَّين ، فإنه لا يلزم إلا بالقبض ، بخلاف بيعِ الدين ، فإنه يصح على رأي .

وكذلك °) لو باع درهماً بدرهم ثم عيَّن في المجلس : صحَّ ؛ لأن البيعَ سببُ استحقاق قبل القبض فيتعين [6] بالقبض ، بخلاف الهبة والرهن .

---

(1) قال الحموى : « قوله في أول كتاب الرهن : (وأركانه : الراهن ، والمرهون ، والمرهون به ، وصيغة العقد) .

قال المصنف : « ما ذكره الشيخُ يَردُ عليه إشكالاتُ : أحدهما : أنه جعل الراهنَ ركنًا في الرهن ولم يجعل المصلِّي ركنًا في الصلاة ، ومعلوم أنه لابد منها . الثاني : أنه عدَّ الراهنَ ركنًا ولم يجعل المرتهنَ ركنًا ، ومعلوم أنه لابد منه كما في الراهن » .

قلتُ : لا يخلو عقد الرهن إما أن يكون ممتزجًا بالبيع أم لا ، فإن كان الأول فلا كلامَ ، فإنه متى وجد الراهنُ وجد المرتهنُ كالبائع والمشتري . وإن كان الثاني فأقول : ذكر الشيخ بعد ذلك في مسألتنا الركنَ الرابع العاقد إلى آخره ، وإذا كان كذلك كان مرادُه بالعاقد الراهنَ والمرتهنَ كما في البيع ، وإنما أَهْمَل المرتهنَ في أول الرهن ؛ استغناءً بما ذكره ثانيًا ، وما الجوابُ عن الإشكال الأول فظاهرٌ عُرف من جواب نظيره في البيع .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) في (أ) : « تناوله » .

(٤) في (ب) : « وكذلك » .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « فتعين » .

فرع : الإفراز ليس بشرط ، بل يصح رهنُ المشاع [١] ، خلافًا لأبي حنيفة [٢] ، ثم [٣] تجري المهايأةُ بين الراهن والمالك .

نعم ، لو رهن نصيبَه [٤] من بيتٍ [٤] معيَّنٍ من جملة دارٍ مشتركة ، ففيه [٥] وجهان [٦] :

ومنشأ [٧] المنع : أنه ربما يقتسم الشريكُ فيقع الجميعُ في حِصَّته ، فلا يَبْقَى للرهن مَقَرٌّ .

فلو صحّحنا ، فوقع ذلك احتمل أن يُقال : هو تَلَفٌ ، واحتمل أن يُقال : الراهنُ ضامنٌ . والتفويتُ منسوبٌ إليه .

الشرط الثاني : أن يكون المرهونُ قابلاً للبيع عند حلول الحق :

فلا يجوز رهنُ الموقوف وأمِّ الولدِ وكلِّ ما لا يجوز بيعُه .

وبيان هذا الشرط برسم ثمان مسائل :

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الشائع » ، والمثبت من (أ) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه يصح رهنُ المشاع سواء كان الرهنُ للشريك أو لغيره .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز رهنُ المشاع لغير الشريك ، أما إذا كان للشريك فهو جائز .

انظر : الأم : (١٦٨/٣) ، مختصر المزني : (٢١٠/٢) ، الحاوي الكبير : (١١/٦،١٤) ، روضة الطالبين : (٣٨/٤) ، المجموع : (٣٣٤/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩٣/١) ، مختصر الطحاوي : (٩٢) ، المبسوط : (٦٩/٢١) ، رءوس المسائل : (٣٠١) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤٧٢/٤) ، رد المختار على الدر المختار : (٤٨٩/٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٤/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٦/٢) .

(٣) قوله : « ثم » : ليس في (أ) . (٤) قوله : « من بيت » : ليس في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « ولو رهن نصيبَه من بيت من دار بإذن شريكه صح ، وبغير إذنه وجهان ، أصحهما عند الإمام : صحته كما يصح بيعه ، وأصحهما عند البغوي : فساده ، وادّعى طرد الخلاف في البيع ، قلت : وممن وافق الإمام في تصحيح صحته الغزالي في « البسيط » ، وصاحب « التتمة » ، وغيرهما » . انظر : روضة الطالبين : (٣٨/٤) ، نهاية المحتاج : (٢٣٩/٤) .

(٧) في (أ) : « ووجه » .

[المسألة] [1] **الأولى** : رَهْنُ سَوَادِ العراق من عبادانَ إلى المَوْصِلِ طولًا ، ومن القادسية إلى حلوان عرضًا : باطلٌ ، فإن اعتقادَ الشافعي - رضي الله عنه - [2] أن عمر - رضي الله عنه - أخَذَها من الغانمين وحَبَسَها على المسلمين ، والخراجُ عليهم أجرةٌ فيها [3] .

وقال ابن سريج : بل باعها من أهل العراق ، فهو مِلْكٌ .

وأما أشجارُها وأبنيتُها : فيجوز [4] رَهْنُها وفاقاً ؛ فإنها مستحدثة .

[المسألة] [5] **الثانية** : رهنُ المبيع في زمان الخيار : جائزٌ ، إن كان الخيارُ للمشتري وحده . ولَزِمَ [6] البيعُ ، هكذا ذكره الشافعي - رضي الله عنه - .

وفيه وجه : أنه لا ينعقد ، بل لابد من تقديم الإلزام .

ووجه آخر : أنه يلزم البيعُ ، ولا ينعقد الرهنُ ، وقد ذكرناه في كتاب البيع .

[المسألة] [7] **الثالثة** : قال الشافعي - رضي الله عنه - [8] : رهنُ الأمِّ دون ولدها : جائزٌ ؛ إذ لا تفرقةَ فيه .

واختلف الأصحاب ، منهم [9] من قال : معناه : أنها تُباع عند الحاجة مع الولد .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٤٠/٤) ، المجموع : (٣٤٣/١٢) .

(٣) في (أ) : « عنها » .

(٤) في (أ) : « يجوز » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « ويلزم » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : الأم : (١٤١/٣) ، مختصر المزني : (٢١٤/٢) ، الحاوي الكبير : (١١٨/٦) ، روضة الطالبين : (٤١/٤) ، المجموع : (٣٤٨/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩٣/١) .

(٩) في (أ) : « فمنهم » .

ومنهم من قال : لا [1] ، بل أراد [به] [2] أنه لا تفرقةَ في نفس الرهن ، [3] وإلّا فتباع [3] دون الولد . فإن الرهنَ لم يَرِدْ على الولد ، ولكن يقع ذلك قَهْريًّا لا اختياريًّا ، فلا يمتنع التفريق .

التفريع :

إن قلنا : تُباع مفردًا ، فلا كلام .

وإن قلنا : تُباع مع الولد ، [4] فيتعلق حقُّ المرتهن بما [4] يخص الأمَّ من الثمن ، وفي تقديره وجهان :

أحدهما [5] : [6] أنه تُقَوَّمُ [6] الأمُّ مفردًا ، فإذا هي تساوي مائةً ، فتُقَدَّر مع الولد ، فإذا هي تساوي مائةً وعشرين [7] ، فالولد سُدسُ الجملة ، فيختص المالكُ بسدس جملةِ الثمن ولا يتعلَّقُ الرهنُ به .

والثاني : أن الولد [أيضًا] [8] يُقَدَّر مفردًا كما قُدِّرت [9] الأمُّ / مفردة [10] ، ٨٠/ب فيقال : الولدُ دون الأم كم يساوي ؟ وفي هذا تَقِلُّ قيمتُه ؛ لأنه يكون ضائعًا ، فإذا قالوا : خمسين - مَثَلًا - وقيمةُ الأم مائةٌ ؛ فالولد ثلث .

وهذا الخلاف جارٍ في أرضٍ بيضاءَ رُهِنَتْ ثم أنبتت غِراساً ؛ لأن الغراس غيرُ مرهون .

وذكر صاحب التقريب : [11] أن الأمَّ أيضًا [11] تُقَوَّمُ مع الولد فيقال : أمٌّ لها ولدٌ

---

(١) قوله : « لا » : ليس في (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل : « وإلّا فيباع » ، وفي نسخة (ب) : « والأم تباع » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « فمتعلقُ حقِّ المرتهن ما » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤٢/٤) .

(٦) في (أ) : « أنّا نقدر » ، وفي (ب) : « يقوم » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « عشرون وهو خطأ » ، والمثبت من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) . (٩) في (أ) : « تقدر » .

(١٠) في (أ) : « مفردًا » . (١١) في (أ) : « أيضًا أن الأم » .

كَمْ قيمتُها ؟ فينقص [١] ؛ إذ يكون قَلْبُها إلى ولدها ؛ لأنها رُهِنَتْ مع وجود الولد .

نعم ، لو حدث الولدُ بعد الرهن كان [٢] نظيرًا لمسألةِ [٢] الغِرَاس .

[المسألة] [٣] **الرابعة** : رهن ما يتسارع إليه الفسادُ بالدَّين الحالِّ ، أو بدينٍ مؤجَّلٍ يحل قبل توقُّعِ الفساد : جائز ، فيباع عند الإشراف على الفساد في الدين .

وإن [٤] كان يَفْسُدُ قبل الحلول [٥] وشَرَطَ بَيْعه عند الإشراف . وجَعَل ثمنه رهنًا : صحَّ أيضًا .

وإن شرط أن لا يباع : بطل ، وإن أطلق ، ففيه قولان [٦] : أحدهما : أنه يصح ، ومطلقُه مُشْعِرٌ بالإذن في البيع ، وتحول الوثيقةُ إلى الثمن .

والثاني : الفساد ؛ لأنه ليس مفهومًا من مطلق الرهن .

فإن قيل : لو [٧] طرأ دواماً ما يُعَرِّضُه للفساد ؟

قُلنا : لم يفسد الرهنُ ، ولكن يُبَاع عند الإشراف [على الفساد] [٨] ويجعل بدله رهناً .

فإن قيل : فلو تطابق المتعاقدان على نقل الوثيقةِ من عين المرهون إلى غيره فينبغي [٩] أن يجوز ، كما لو شَرَط ذلك فيما يَشْرُفُ على الهلاك في ابتداء العقد .

---

(١) قوله : « فينقص » : ليس في (ب) . (٢) في (أ) : « نظيرَ مسألةٍ » .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « حلوله » ، وفي (ب) : « الحلال » .

(٦) قال في الروضة : « فلو شرط أن لا يباع بحال عند حلول الأجل بطل الرهنُ لمناقضته مقصودَ الرهن . وإن لم يشرط ذا ولا ذاك ، فهل هو كشرط البيع ، أم كشرط عدم البيع ؟ قولان ، أظهرهما عند العراقيين : الثاني ، وميل غيرهم إلى الأول . قلت : قال الإمام الرافعي في « المحرر » أظهرهما : لا يصح الرهنُ . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٤٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٤٢/٤ ، ٢٤٣) .

(٧) في (أ) : « فلو » . (٨) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « ينبغي » ، والمثبت من (أ) .

قلنا : فيه وجهان ، ووجه المنع : أن ما يُحْتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة لا يُحْتمل ابتداءً ، ولذلك لا يجوز رهنُ الدين وإن تعلَّقَ في الدوام بالقيمة في [1] ذمة المتلِف .

[المسألة] [2] **الخامسة** : رهْنُ العبد المرتدِّ : صحيحٌ ؛ بناءً على الصحيح في جواز بيعه .

ثم إن قُتِلَ في يد المرتهن ، وكان [3] الرهنُ مشروطاً في بيع ، فثبوتُ الفسخ للمرتهن في البيع يُبتنى على أن من اشترى عبدًا مرتدًّا وقُتِل في يده هل يكون من ضمان البائع ؟

[المسألة] [4] **السادسة** : رهن العبد الجاني يُبتنى على صحةِ بيعِه ، فإن منعناه فهو ممنوعٌ ، وإلا فوجهان [5] :

ووجه المنع : أنه يمنع الوثيقةَ ، ولذلك يمتنع [6] رهنُ المرهون ، وإن قَدَرَ الراهنُ على بيعه إذا قضى الدين ، وهاهنا يَقْدِرُ على [7] بيعِ شرطَ [7] الفِداء بعده ، وقد يتعوَّق فيفسخ بيعه فلا تحصل معه الوثيقةُ ؛ ولذلك يُقدَّم [8] أرْشُ الجناية في دوام الرهن على الرهن .

فرع : لو حَفَر العبدُ بئرًا فرُهن . فتردَّى فيها إنسانٌ فتعلَّقَ [9] الضمانُ برقبته : ففي تبيين فسادِ الرهن وجهان ، مستندهما : إسنادُ [10] التعلق إلى أول السبب ، فيكون كالمقارِن .

ولو قَتَلَ قتلاً موجباً للقصاص ، وقلنا : موجب العمد : القَوَدُ المحضُ فرهن ثم عَفَى

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فكان » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « الجاني إن لم نصحح بيعَه فرهْنُه أولى ، وإلا فقولان ؛ لأن الجنايةَ الطارئة يقدَّم صاحبُها على حق المرتهن ، فالمتقدمة أولى » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٤٥) ، مغني المحتاج : (٢/١٣٣) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٤٠) .

(٦) في (أ) : « يمنع » .

(٧) في (أ) : « بيعه بشرط » .

(٨) في (أ) : « تقدم » .

(٩) في (أ) : « فعلق » .

(١٠) في (أ) : « استناد » .

على مال ، ففي إسناد [١] انتقال التعلق وجهان [٢] :

وهاهنا الاستنادُ أولى ؛ لأن القتلَ سببٌ تامٌّ دون حَفْرِ البئر .

[**المسألة**] [٣] **السابعة** : إذا علَّق عِتْقَ العبد بصفةٍ ثم رَهَنَه ، فإن قلنا : لو وُجِدَتْ الصفةُ في حالة [٤] الرهن ، نَفَذ ؛ إما لقوة العتق ، أو لأن العبرةَ بحالة التعليق : خُرِّجَ ذلك على رهنِ ما يتسارع إليه الفسادُ .

فإن قلنا : لا ينفذ : فهو بالرهن مدافعٌ حكمَ التعليق ، فالأصح [٥] : جوازه [٦] ،

---

(١) في (أ) : « استناد » .

(٢) قال في الروضة : « وإذا قلنا : يصح رهنُ الجاني جناية توجب القصاصَ ، ولا يصح إذا أوجبت مالاً ، فرَهَن والواجبُ القصاصُ ، فعفا على مال ، فهل يبطل الرهنُ من أصله ، أم يكون كجناية تصدر من المرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجناية ؟ وجهان . اختار الشيخ أبو محمد : أولهما . فعلى هذا لو كان العبدُ حفر بئرًا في محل عدوان ، فمات فيها - بعدما رهن - إنسانٌ ، ففي تبين الفساد وجهان . والفرق : أنه رهَنَ في الصورة الأولى وهو جانٍ » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٤٦) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « حال » .

(٥) في (أ) : « والأصح » .

(٦) قال في الروضة : « رهن المعلق عتقُه بصفة له صور : إحداها : رهنه بدينٍ حالٍّ أو مؤجل تيقَّن حلولَه قبل وجود الصفة ، فيصح ويباع في الدين ، فإن لم يتفق بيعُه حتى وجدت الصفةُ ، بُني على القولين في أن الاعتبارَ بالعتق المعلقِ بحالة التعليق ، أم بحال وجود الصفة ؟ إن قلنا بالأول عتق وللمرتهن فسخُ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلًا . قلت : هذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول هو الذي جزم به صاحب « التهذيب » ، وجزم صاحب « التتمة » بأنه لا خيار له ، وقد سقط حقُّه ؛ لأن الرهنَ سلم له ثم بطل فصار كموته ، والأول : أصح وأقيس . والله أعلم . وإن قلنا بالثاني ، فهو كإعتاق المرهون ، وسنذكره إن شاء الله .

الثانية : رهنه بدين مؤجل تيقن وجودَ الصفة قبل حلوله ، فالمذهب : بطلان الرهن : وقيل : قولان ، وهو ضعيف . فعلى الصحة : يباع إذا قَرُبَ أوانُ الصفة ، ويجعل ثمنه رهنًا .

الثالثة : أن لا يتيقن تقدمُ الصفة على الحلول وعكسه ، فالأظهر : بطلانه : وقيل : باطل قطعًا » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٤٧) ، مغني المحتاج : (٢/١٢٣) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٤٠ ، ٢٤١) .

كما لو دَفَعَه بالبيع .

وفيه وجه [آخر] [١] : أنه يَفْسُدُ ؛ لضعف الرهن ، بخلاف البيع .

أما المُدَبَّرُ : [فقد] [٢] قال الشافعي - رضي الله عنه - [٣] : [و] [٤] لو دَبَّره ثم رَهَنَه كان الرهنُ مفسوخاً ، وهذا مُشْكِلٌ ؛ لأن بيعَ المدبَّرِ جائزٌ عند الشافعي - رضي الله عنه - ، وليس يندفع التدبُّرُ أيضًا بالرهن ، فإنه إذا مات يُقْضَى ديونُه ، ويَعْتَقُ المدبَّرُ ، وإن لم يكن في ماله وفاءٌ فالمدَّبرُ لا يعتق وإن [٥] لم يُرْهَنْ ، فذهب أكثرُ الأصحاب لذلك إلى صحةِ الرهن .

ووجه النَّصِّ أن يُقال : لعله يموت وله مالٌ ، فلا يمكنُ تنجيزُ العتق قبل أداء دَيْنه ، وتأخيرُه إلى الأداء دفعٌ للعتق ، فالرهنُ [٦] لا يقوى عليه .

ويتأيَّدُ بالوجه المذكور في إبطال رهنِ العبد المعلَّقِ عتقُه [بصفة] [٧] .

[**المسألة**] [٨] **الثامنة** : إذا رَهَن الثمارَ على الأشجار نُظِر : إن كان بَعْدَ بُدُوِّ الصلاح ، والدَّين حال : جاز ذلك ، ثم يُقْطَفُ في أوانه ، ويُباع بعضُه ويُجْعَلُ مُؤْنةً على القِطَاف ، ويُجَفَّفُ إن أمكن ، وإلا التحق بما يتسارع إليه الفسادُ .

وإن [٩] كان قبل بُدُوِّ الصلاح ، فللفساد ثلاثُ مثارات :

أحدها : تسارعُ الفساد بعد التجفيف ، وقد سبق .

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) انظر : الأم : (١٤٠/٣) ، مختصر المزني : (٢١٣/٢) ، الحاوي الكبير : (١٠٤/٦) ، التنبيه للشيرازي : (٧٠) ، روضة الطالبين : (٤٦/٤) ، المجموع : (٣٣٢/١٢ ، ٣٣٣) .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « والرهن » . (٧) زيادة من (ب) .

(٨) زيادة من (أ) . (٩) في (ب) : « فإن » .

والثاني : امتناعُ بيعه إلا بشرطِ القطع ، فإن أذِنَ في البيع بشرط القطع : جاز ، وإن صَرَّح بمنعِ البيع بشرط القطع : فسد ، وإن أطلق ، فالظاهر : أنه يصح وبشرط القطع في بيعه ويباع .

وذكر صاحب التقريب قولين في موجب الإطلاق ، ووجهه : أنه لم يَرْضَ بنقصان المالية ، فعلى هذا يَفْسُدُ الرهنُ (١ وله التفاتٌ ١) على (٢) إطلاق الرهن ، فما يتسارع إليه الفسادُ ، أنه هل يكون كالمصرَّحِ بتجويزِ بيعه ؟

المثار الثالث للفساد : توقُّعُ الآفة والجوائح ، ويظهر ذلك إذا قَدَّر الدينَ مؤجَّلًا .

وفي المنع بهذا السبب قولان : أحدهما : يُمْنَعُ كما يُمنع البيع .

والثاني : لا ؛ لأن المحذورَ (٣ ثَمَّ ضياعُ ٣) الثمن عند الاجتياح (٤) ، وهاهنا لا يفوتُ أصل الحق .

فرع : إذا تلاحقت الثمارُ بعد الرهن ، ففي انفساخ الرهن قولان ، كما في التلاحق في الثمار المبيعةِ قبل القبض .

والأصح : أنه لو كان قبل القبض يَنْفَسِخُ .

وفيه وجهٌ مُستخرَجٌ من الخلاف / في العصير إذا صار خَمْرًا قبل القبض ، وهو بعيدٌ ؛ لأن ذلك يُتوقَّعُ مصيرُه خَلًّا ، بخلاف التلاحق ، فإنه لا يزول . ٨١/أ

ولو رهن زرعاً يتزايد ، وشَرَط قَطْعَه في الحال : جاز .

---

(١) في (أ) : « ولعله التفات » وفي الأصل : « وله التفاوت » ، والمثبت من (ب) .

(٢) في (أ) : « إلى » .

(٣) في (أ) : « ثمن صاع » .

(٤) بدون نقط في الأصل ، وفي (أ) ، (ب) : « الاحتباح » . والمثبت هو الصواب .

وإن شَرَط التبقيةَ : فحكمُه حكمُ الثمار التي [١] تتلاحق غالباً ، والرهنُ باطلٌ فيهما ، كما في البيع .

الشرط الثالث : أن لا يمتنع إثباتُ يدِ المرتهن عليه وقبضُه له [٢] :

فإن القبضَ ركنٌ في الرهن ، وفيه مسألتان :

إحداهما : رَهْنُ المصحفِ والعبد المسلم من الكافر : فهو مرتَّبٌ على البيع ، وأَوْلَى بالصحة ؛ لأن إثباتَ اليد أهونُ من إثبات الملك .

وكذا رَهْنُ السِّلاح من الحربيِّ : مرتبٌ على بيعه منه ، ورَهْنُه من الذميِّ : جائزٌ وفاقاً كبَيْعِه .

الثانية : رَهْنُ الجواري : صحيحٌ على المذهب الظاهر [٣] .

وذكر الشيخ أبو عليّ قولاً : أن رَهْنَ الجاريةِ الحسناءِ : باطلٌ ، إلا أن تكون [٤] مَحْرَمًا للمرتهن ، فالوجه : القطعُ بالصِحة .

ثم إن [٥] كان مَحْرَمًا ، أو عدَّلَ [٦] على يدِ عَدْلٍ ، أو كان المرتهنُ يُوثَقُ بديانته ، أو كان معه جماعةٌ من أهله تَرَعُه [٧] الحشمةُ عنها : لم يُكْرَه التسليمُ ، وإلا فيُكْرَهُ إثباتُ يده عليها .

وعلى الجملة فهو [٨] قريبٌ من رهن المصحف من الكافر .

---

(١) في الأصل : « الذي » ، والمثبت من (أ) و (ب) .

(٢) قوله : « له » ليس في (أ) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٣٩/٤ ، ٤٠) .

(٤) في (أ) ، و (ب) : « يكون » .

(٥) في (ب) : « لو » .

(٦) في (ب) : « عدلت » .

(٧) في (ب) : « يرعه » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « هو » ، والمثبت من (أ) .

فإن قيل : فهل يُشترط أن يكون المرهونُ ملكَ الراهن .

قلنا : لا ؛ فإن الشافعي - رضي الله عنه - [1] نصَّ على أنه لو رُهِنَ المستعارُ بإذن المِعير : صَحَّ الرهنُ .

وغَمُضَ حقيقةُ هذا العقدِ على الأصحاب واستخرجوا من تردد الشافعي - رضي الله عنه - في بعض الأحكام قولين في أن هذا عاريةٌ أم [2] ضمانٌ [3] ؟

فمن قال : إنه عاريةٌ ، أَشْكَلَ عليه لزومُه .

ومن قال : ضمانٌ ، أَشْكَلَ عليه تعلقُ الضمان برقبة المال .

ثم بنوا الأحكامَ على القولين ، وهذا البناءُ غيرُ مَرْتَضً [4] عندنا ، بل نُعَلِّلُ [5] كلَّ حكمٍ بما يَلِيقُ به من غير بناء .

وحقيقةُ هذا العقد لا يتمحَّض ، بل هو فيما يدور بين [6] المرتهن والراهنِ رهنٌ محضٌ ، وفيما بين المعير والمستعيرِ عاريةٌ ، وفيما بين المعير والمرتهن [حكمُ الضمان] [7] يزدحم عليه مشابهُ العارية والضمان ، ويتبين [8] ذلك بالنظر في ثلاثة أحكام :

(١) انظر : الأم : (١٧١/٣) ، روضة الطالبين : (٥٠/٤) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩٤/١) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٥٠/٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « مرضي » .

(٥) في (ب) : « يعلل » .

(٦) في (أ) : « بينه » .

(٧) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) .

(٨) قال الحموي : قوله : (في الرهن المستعار : ويتبين ذلك بالنظر في ثلاثة أحكام : الأول اللزوم في حق المعير ، وقال القاضي : له الرجوعُ إذا فرعنا على قولنا : إنه عارية) .

أقول : هذا غلط على القاضي حسين فإن مذهبه : اللزوم في حق المعير بعد القبض هذي صرح به الإمام في « النهاية » والشيخ في « البسيط » ، وإنما هذا الوجه المحكيُّ لصاحب « التقريب » فحكى عن الفرق أيضًا بين الدين الحال والمؤجل كما حكاه عنه في « الوسيط » فكأنه رُوي عن صاحب « التقريب » مذهبان : أحدهما : أن له الرجوع مطلقًا على قولنا : إنه عارية . والثاني : الفرق بين الدين الحال والمؤجل . كذلك نقله عنه الإمام وفي « البسيط » ، فأما القاضي حسين فمذهبه : اللزوم في حق المعير بعد القبض لاشك فيه .

الأول : اللزومُ في حقِّ المعير .

ولا يلزم قبل قبض المرتهن بحال ، وإذا قَبَض المرتهنُ ، فالصحيح : أنه يلزم في حق المعير ؛ لأنه أثبت بعاريته شيئًا من حقه أن لا [(١] يعير وتلزم [١)] ، فهو [(٢] كما لو أعار [٢)] الأرضَ لدَفْنِ الأموات ؛ إذ لزم ؛ لأن فيه هَتْكَ حرمةِ الميت ، فكذلك [(٣)] في رجوعِه إبطالُ وثيقةِ المرتهن بعين [(٤)] ماله ، وقد أذِن في إثباته .

وقال القاضي : له الرجوعُ إذا فرَّعنا على قولنا : إنه عاريةٌ ، وهذا ضعيفٌ ؛ فإنه لا يبقى للرهن معنًى .

وقد حكى العراقيون عن ابن سريج : أنَّا إذا قلنا : إنه عاريةٌ ، فلا يصح هذا العقدُ ؛ إذ لا يبقى له فائدةٌ ، وهو فاسدٌ ؛ لأنه خلافُ نصِّ الشافعي رضي الله عنه .

وقال صاحب التقريب : إن كان الدينُ حالًّا : رجع ، وإن كان مؤجلًا : فوجهان [(٥)] يَقْرُبَان مما إذا أعار أرضًا للبناء إلى مدة ، وفيه كلام .

فإن قيل : فهل [(٦)] يَقْدِرُ على إجبار الراهن على فكِّ الرهن وإن لم يقدر على فسخ الرهن ؟

قلنا : إن كان الدين حالًّا فلا خلافَ في أنه يَمْلِكُ إجبارَه [(٧)] ، وقبل حلولِ للأجل [(٨)] قولان :

---

(١) في (أ) : « يعير ويلزم » ، وفي (ب) : « يغير ويلزم » .

(٢) في (أ) : « كما لو أعاره » ، وفي (ب) : « كإعارة » .

(٣) في الأصل : « فلذلك » ، وفي (أ) : « وكذلك » ، والمثبت من (ب) .

(٤) في (أ) : « من عين » .

(٥) قال في الروضة : « وقال صاحب التقريب : إن كان الدين حالًّا رجع ، وإن كان مؤجلًا ففي جواز رجوعه قبل الأجل وجهان ، كما لو أعار للغراس مدة » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٥٠) .

(٦) في (أ) : « وهل » .

(٧) في (ب) : « لجباره » .

(٨) في (أ) و (ب) : « حلولِ الأجل » .

أحدهما : أنه يملك ؛ لأنه عاريةٌ في حقِّ المستعير .

والثاني : لا [يملك] [١] ؛ لأن فيه أداءَ الدين قبل لزومه ، وهو متعلقٌ بالمرتهن .

فإن قيل : فهل [٢] يُباع هذا في حق المرتهن [فقط] [٣] ؟

قلنا : إن كان للراهن مالٌ فلا يُباع بحالٍ ؛ لأن مطلقَ الرهن لا يُسَلِّطُ عليه إلا إذا جدَّد به إذنًا .

وإن صار معسرًا ففيه خلاف [٤] ؛ إذ أطلق الأصحابُ أنّا [٥] إذا قلنا : إنه عارية فلا يباع إلا بإذنٍ مُجَدَّدٍ [٦] ، وهذا أيضًا يُضْعِفُ القولَ بصحة الرهن ؛ فإنه أخصُّ فوائده ، فَلْيُجْعَلِ الإذنُ حاصلًا بالرهن ، ولازمًا بحكم الحال ، وهو الذي يقتضيه فقهُ المسألة ، ولا يُتْرَكُ الفقهُ بقول القائل : إن هذا لا نظيرَ له ، فإن سببه [أن يقال] [٧] : إن مثلَ هذه الواقعة غيرُ متصوَّر .

وينبني على ما تقدَّم خلافٌ لا محالة ، في أن عتقَه هل ينفذ ؟

الحكم الثاني : أن العبدَ لو تَلِفَ في يد المرتهن : فهو غيرُ ضامن ؛ تمحيصًا للرهن في حقه ، والمستعيرُ هل يضمن ؟

قالوا : هذا ينبغي على أنه عاريةٌ ، أو ضمان ؟

فإن قلنا : ضمانٌ : لا يَضْمَن ، وهو ضعيفٌ ، بل هو مستعيرٌ محضٌ في حق المعير ، فينبغي أن يضمن .

ولكن نصَّ الشافعي – رضي الله عنه – [٨] وقال : [و] [٩] لو أذن له فرهَنَهَ فجَنَى ، فأشبهُ

---

(١) زيادة من (أ) .　　(٢) في (أ) : « وهل » .

(٣) زيادة من (ب) ، وفي (أ) : « قط » .　　(٤) انظر : روضة الطالبين : (٤/٥٠ ، ٥١) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « لنا » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (ب) : « محدد » .　　(٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : الأم : (٣/١٥٩ ، ١٦٠) ، مختصر المزني : (٢/٢١٥) ، الحاوي الكبير : (٦/١٦٧ ، ١٦٨) .

(٩) زيادة من (أ) .

الأمرين : أنه لا يَضْمَن بخلاف المستعير ، وفرّع [1] على أن المستعيرَ يضمن ما فات بجناية العبد ؛ بناءً على أحد الرأيين في أن المستعيرَ يضمن ضمانَ المغصوب ، وهاهنا لم يضمنه . فعن هذا اضطر الأصحابُ إلى ذكر قول في أنه ليس بعاريةٍ وإنما هو ضمان .

فرع : لو بِيعَ العبدُ في الدَّين بإذن مجدَّدٍ [2] ، أو بأصلِ الرهن : يَرْجِعُ المعيرُ على المستعير بقيمته أو بالثمن ؟ فيه خلاف .

قال القاضي : إذا قلنا : [إنه] [3] عاريةٌ ، يَرْجع بالقيمة ، وهو بعيدٌ [4] ؛ فإن ما زاد على القيمة مُسْتَفادٌ في مقابلةِ ملكه ، فكيف يُسلم [5] للمستعير ؟

الحكم الثالث : أنه هل يُشترط في هذه الإعارة معرفةُ قدْرِ الدين وجنسه ، وحلوله ، وتأجيله ؟ فيه خلاف .

يُحتمل أن لا يُشترط ذلك ، ويُجْعَل / عاريةً في هذا الحكم ، ويحتمل أن يُشترط ؛ ٨١/ب لأن الأغراضَ تتفاوت به ، وينتهي إلى اللزوم ، وبنى الأصحابُ ذلك على أنه عاريةٌ أو ضمان .

فرع : إذا عيَّن المعيرُ شيئًا من ذلك .

إن [6] قلنا : إنه لا يُشترط ، فلا يجوز مخالفتُه إذا عيَّن إلا في النقصان ، كما إذا أذِنَ في الرهن بألف ، فرهن بخمسائة ؛ فإنه زاد خيرًا .

ولو قال : أَعِرْني لأرهن بألف فأعاره [7] هل يتقيد [8] بما ذكره المستعيرُ ؛ تنزيلاً للإسعاف على تفصيل الالتماس ؟ فيه وجهان [9] .

* * *

---

(١) في (أ) : « ففرع » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « محدد » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) استصوب النووي الذي قاله القاضي أبو الطيب على عكس ما استبعد الغزالي . انظر : روضة الطالبين : (٥١/٤) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « سلم » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « فأعار » .

(٨) في (أ) : « ينقد » .

(٩) الأصح من هذين الوجهين : أنه يتقيد بما ذكره المستعير ، كما في الروضة : (٥٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٤٥/٤ ، ٢٤٦) .

الركن الثاني : المرهون به

وله ثلاث شرائط : [وهو] [١] أن يكون دينًا ، ثابتًا ، لازمًا .

الأول : أن يكون دَيْنًا : فلا يجوز الرهنُ بعينٍ معصوبة ، ولا مستعارة .

وإن جوَّزْنَا كفالةَ الأعيان على رأي ، فالرهنُ [٢] وثيقةُ دينٍ في عينٍ ، والضمانُ توثيقُ دينٍ ، بضمٍّ ذمةٍ إلى ذمةٍ ؛ فلا يُفارق الرهنُ الضمانَ إلا في ضمان العُهْدَة ، فإنه جائزٌ .

والصحيح : أن الرهنَ به [٣] غيرُ جائز ؛ لأنه جُوِّزَ للمصلحة ؛ ترغيبًا في معاملة مَنْ لا يُعْرَف حالُه ، ولا ضررَ على الضامن ، وفي الرهن ضررٌ لا يُنظر له آخر .

وفيه وجه : أنه يجوز كالضمان ؛ لأنه [٤] إذا رضي به فقد أضرَّ بنفسه .

الشرط الثاني : أن يكون الدينُ ثابتًا : فلو قال : رَهَنْتُ منك هذا بألف تُقْرِضْنِيه ، فقال : ارتهنت ، ثم أقرض : لم ينعقد الرهنُ ، بل يجب إعادتُه .

وكذلك إذا قال : بألفٍ تَبِيعُ به هذا الثوبَ مثلًا ، فثبوتُ الدين حالةَ الرهن لابدَّ منه .

وقيل : إنه [٥] لو جرى الإقراضُ والبيعُ في مجلس الرهن : صحَّ ، وهو فاسد .

فرع : لو مَزَجَا شِقَّي البيع بِشِقَّي الرهن ، كما إذا قال : (٦ بعت منك العبدَ بألف ، وارتهنت منك هذا الثوب به ٦) ، فقال : اشتريت ورهنت :

قال الأصحاب : هذا صحيح [٧] ، بخلاف ما إذا قال لعبده : كاتَبْتُكَ على ألف

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « والرهن » .

(٣) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٤) قوله : « لأنه » : ليس في (أ) .

(٥) قوله : « إنه » : ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « بعت منك هذا الثوبَ به ، وارتهنت هذا العبد به » .

(٧) انظر : روضة الطالبين : (٥٣/٤ ، ٥٤) ، مغني المحتاج : (١٢٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥١/٤ ، ٢٥٢) .

(١) وبعت منك (١) هذا الثوبَ بدينارٍ ، فقال : قبلت الكتابةَ واشتريت ، فإن فيه وجهين (٢) ؛ لتقدم شِقِّ البيع على تمام الكتابة .

والفرق : أن الرهنَ من مصالح البيع ، ولذلك جاز شرطُه فيه مع امتناع شرطِ عَقْدٍ في عقد ، فمزجه به آكَدْ ، فيُحتمل للمصلحة .

وذكر القاضي وجهًا مُخرَّجًا في الرهن من الكتابة ، والفرق واضح (٣) .

هذا إذا وقع الخَتْمُ بأحد شِقَّي الرهن ، والبدايةُ بأحد شِقَّي البيع ، فإن وقع الختمُ بأحد شقي البيع فلا يصح ؛ لتقدُّمِ تمام الرهن على صحة البيع ، وثبوتِ الدين .

الشرط الثالث : لزوم الدين : والديونُ منقسمةٌ ، فما لا مصيرَ له (٤) إلى اللزوم : فلا (٥) رهْنَ به ، كنجوم الكتابة ، فإن للعبد أن يعجز نفسه مهما شاء .

وما وَضْعُه على اللزوم والجوازُ فيه طارئٌ (٦) : يجوز الرَّهنُ به ، كالثمن في مدة الخيار ، وهو تفريعٌ على قول زوال الملك واستحقاق الثمن .

وما وُضِعَ على الجواز ، ولكن قد يصير إلى اللزوم ، كالرهن بالجُعْل في الجِعَالة قبل العمل : فيه وجهان (٧) .

---

(١) في (أ) : « بعتك منك » .

(٢) ذكر النووي في الروضة : أنه لا يصح . انظر روضة الطالبين : (٥٣/٤ ، ٥٤) .

(٣) في الأصل ونسخة (أ) : « أوضح » ، والمثبت من (ب) .

(٤) في (أ) : « لها » .

(٥) في (أ) : « لا » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « طارٍ » ، والمثبت من (أ) .

(٧) قال في الروضة : « أما ما كان أصلُ وضعه على الجواز ، كالجُعْل في الجِعالة بعد الشروع في العمل وقبل تمامه ، فلا يصح الرهنُ به على الأصح . وإن كان بعد الفراغ من العمل صح قطعًا ، للزومه . وإن كان قبل الشروع لم يصح قطعًا ؛ لعدم ثبوته وعدم تعين المستحق . قلت : هذا الذي جزم به الإمام الرافعي هو الصواب ، لكن ظاهر كلام كثيرين من الأصحاب - أو أكثرهم - إجراءُ الوجهين قبل الشروع في العمل ، لاسيما عبارة « الوسيط » وتعليله ، والله أعلم » انظر : روضة الطالبين : (٥٥/٤) .

ولعل سببَ المنع التخريجُ على الشرط الثاني ، وهو أن سببَ ثبوتِ الدين هو العملُ المأذونُ فيه دون مجردِ الإذن ، فكأن [١] سببَ الثبوت لم يجز بخلاف البيع في زمان الخيار ، فإنه سببٌ تام على الجملة في الاستحقاق .

فإن قيل : وهلْ يشترط للدين أن لا يكون به رهنٌ ؟

قُلنا : لا ، بل يجوز أن يُزاد في المرهون وإن اتَّحد الدينُ ؛ لأن الدينَ غيرُ مشغول بالرهن ، فزيادةُ الوثيقة فيه معقولةٌ ، وهل تجوز الزيادةُ (٢ في الدين ٢) مع اتِّحاد المرهون ؟ فيه قولان :

أحدهما - وهو مذهب أبي حنيفة [٣] - رحمه الله : المنع ؛ لأن رهنَ المرهون باطلٌ ، وإليه يرجع حاصله .

والثاني - وهو اختيار المزني - : الصحة ؛ لأن الحقَّ لا يَعْدُوهما ، ولا مقابلةَ بين المرهون والدين ، إلا من جهة الوثيقة . وإنما لا يجوز رَهْنُه من غير المرتهن لحقِّه ، وإن رضي فمن ضرورة [٤] أن يجعل فسخًا ؛ لأن الجمعَ بين حقَّيْهما غيرُ ممكن .

فرع : لو جنى العبدُ المرهونُ جنايةً ، فقال المرتهن : أنا أَفْدِيه ليكون مرهونًا عندي بالفداء وأصل الدين .

---

(١) في (ب) : « وكأن » . (٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لا يجوز الزيادةُ في الدين مع اتحاد المرهون ، وهذا على القول الجديد الأظهر ، وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن صاحبه .

وعلى القديم : يصح أن يزاد في الدين مع اتحاد المرهون ، كما يصح أن يزاد في الحق الواحد رهنٌ آخر وهو اختيار المزني ، ومذهب أبي يوسف صاحب أبي حنيفة .

وقال زفر : لايجوز زيادةُ الدين مع اتحاد المرهون ولا أن يزاد رهنٌ آخر في دينٍ واحد .

انظر : الأم : (١٣٦/٣) ، مختصر المزني : (٢١٢/٢) ، الحاوي الكبير : (٨٧/٦ ، ٨٨) ، التنبيه : (٧١)، روضة الطالبين : (٥٦/٤) ، المجموع : (٣٣٨/١٢) ، مغني المحتاج : (١٢٧/٢ ، ١٢٨) ، نهاية المحتاج : (٢٥٣/٤) ، مختصر الطحاوي : (٩٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٦/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٢/٢ ، ١٣) .

(٤) في (أ) : « ضرورته » .

فإن جوَّزنا الزيادةَ في الدين : فلا كلام .

وإن منعنا ، فقولان [١] مفهومان من معاني كلام الشافعي - رضي الله عنه - في أن المشرفَ على الزوال [٢] كالزائل أم لا ؟

فإن قلنا : كالزائل ، فهو جائزٌ فكأنه [٣ ابتداءُ رهنٍ ٣] بالدَّيْنَيْنْ جميعاً .

---

(١) قال في الروضة : « ولو جنى المرهون ففداه المرتهنُ بإذن الراهن ليكون مرهونًا بالدين والفداء : صح على المذهب وهو نصه ؛ لأنه من مصالح الرهن ، فإنه يتضمن إبقاءه . وقيل : فيه القولان » . انظر : روضة الطالبين : (٥٦/٤) ، الأم : (١٥٩/٣) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « الزول » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « ابتداء الرهن » .

الركن الثالث : الصيغة وشرطها وموجبها

ونريد بالصيغة : الإيجاب والقبول ، ولابّد منهما .

وفيه مسائل خمسة :

الأولى : كلُّ شرطٍ يوافق وضعَ الرهن ، كقوله : بشرط أن يُباع [١] في حقِّك ، أو يُقْبَض ، أو [غرض] [٢] لا يتعلق بالعقد ، كقوله : بشرط أن لا يأكل إلا الشعيرَ ، ولا يَلْبَسُ إلا الحريرَ [٣] فهو لَغْوٌ لا يَضُرُّ اقترانُه بالصيغة .

وكلُّ شرط يناقِضُ مقتضاه ، كقوله : بشرط أن لا أقبض ، ولا يتقدم [٤] به على الغرماء فهو [٥ مفسدٌ للرهن ٥] .

وكل [٦] شرطٍ لا يناقض [٧ ولكن لا يقتضيه لمطلق ٧] العقد ، ويرتبط به غرضٌ كقوله : بشرط أن تكون المنافعُ ، أو [٨] النِّتاجُ ، أو الثمارُ الحاصلةُ من المرهون لك ، ففي فساد الرهن قولان [٩] .

ووجه التصحيح : أن الشرطَ ليس يتعرض لمقاصد المرهونِ بالتغير [١٠] ، بل يزيد ما لا يقتضيه فَيُلْغَى .

ولا خلافَ في أنه لو باع بشرط أن يرهن بالثمن ما يُسَلِّم للبائع منافعَه : فالبيع فاسد ؛ لأن الطَّمَع يتعلق بالزوائد ، ويصير [١١] / كالجزء من العِوَض ، فيرجع الفسادُ إلى ٨٢/أ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « باع » ، والمثبت من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « الخزَّ » .

(٤) في (ب) : « تتقدم » .

(٥) في (أ) : « يفسد الرهن » .

(٦) في (أ) : « ولكن » .

(٧) في (أ) : « ولكنه لا يقتضيه مطلق » .

(٨) في (أ) : « والنتاج » .

(٩) ذكر في الروضة أن الشرط باطلٌ ، وأن الرهن أيضًا باطلٌ على الأظهر إن كان رهنَ تبرع . انظر : روضة الطالبين : (٥٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٢١/٢ ، ١٢٢) ، نهاية المحتاج : (٢٣٥/٤) .

(١٠) في (أ) : « بالتعبير » .

(١١) في (أ) : « فيصير » .

ركن العقد ، وأما [1] الرهن فليس بمعاوضة .

الثانية : إذا قال : رَهَنْتُ الأشجارَ بشرط أن تكونَ الثمارُ رهنًا : إذا حدد [2] ، ففي صحة الشرط [3] قولان [4] .

ووجه الصحة : أن الرهنَ عندنا لا يَسْرِي ؛ لضعفه ، فإذا قوي بالشرط سرى .

الثالثة : إذا قال : أقرضتك هذا الألفَ بشرط أن تَرْهَنَ به وبالألفِ القديم الذي [لي] [5] عليك شيئًا : فالقرض فاسدٌ ؛ لأنه جَرَّ منفعةً ، ولكن إذا أخَذ ووَفَّى بالشرط ورَهَن بالألفين : لم يصح بالألف الذي فسَدَ قرضُه ؛ لأنه ما مَلَكه بَعْدُ ، ولم يتلف إلا إذا أتلفه ، فيكون ذلك دينًا .

وإذا لم يصح به ، فهل يصح بالألف القديم ؟ فيه قولَا تفريقِ الصفقة .

فإن صححنا فلا يُوزع بل يُجعل الكلُّ مرهونًا [به] [6] ، بخلاف البيعِ فإن وضعَ الرهن على أن كلَّ جزءٍ مرهونٌ بجميع الدين .

هذا إذا علم أن الرهنَ غيرُ واجب عليه ؛ لفساد الشرط ، فإنْ ظَنَّ وجوبَه لأجل الشرط ، قال القاضي : لا يصح ، كما لو أدَّى ألفًا على ظَنٍّ أنه عليه ، فلم يكن ، فإنه يسترد ؛ لأن الرهنَ تبرُّعٌ ، وهو يظن الآن وجوبَه .

وقطع الشيخ أبو محمد وغيره بالصحة [7] ؛ لأن الأداءَ لا يُتصوَّرُ إلا بوجوبٍ سابقٍ ولا وجوبَ ، والرهنُ يُتصوَّرُ من غير وجوب .

---

(١) في (أ) : « أما » .

(٢) في (أ) : « حدثت » .

(٣) في (أ) : « الرهن » .

(٤) الأظهر من القولين : أنه لا يصح الشرط ، كما في الروضة : (٥٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٣٦/٤) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) وهذا القول هو الأصح ، كما في الروضة : (٦٠/٤) .

ومساقُ [١] كلام القاضي يلزمه أن يقول : لو شرط بيعًا في بيع . فباع وفى [٢] بالشرط على ظنِّ الوجوب ، يَفْسُدُ بيعُه .

و الشيخ أبو محمد يُصحح البيعَ ، ولا يَنْظُرُ إلى اعتقاده .

الرابعة : إذا قال : رهنتك [هذه] [٣] الخريطةَ بما فيها ، وما فيها غيرُ مَرْئِيٍّ : خرج على بيع [٤] الغائب ، فإن أبطل : خرج في الخريطة على تفريق الصفقة ، فإن كانت الخريطةُ لا يُقْصَدُ رهنُه في مثل هذا الدين فوجهان :

أحدهما : الصحة ؛ لظاهر اللفظ .

والثاني [٥] : المنع ؛ لفهم [٦] المقصود [٧] .

ولو قال : رهنت الخريطةَ ، ولم يتعرَّض لما فيها ، وكانت الخريطةُ لا تقصد ، فهل تُجْعَلُ عبارةُ عمَّا في الخريطة مجازًا بقرينة الحال ؟ يُخرَّج على هذين الوجهين .

الخامسة : هل يندرج الأسُّ والمغرسُ تحت اسمِ الشجرة والجدارِ في الرهن ؟

فيه خلافٌ مرتَّبٌ على البيع ، وأَوْلَى بأن لا يَنْدرج ؛ لضعف الرهن .

وفي الثمار غيرِ المؤبَّرة وجهان ، بخلاف البيع ، ووجه المنع [٨] : ضعفُ الرهن .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « منساق » . (٢) في (أ) : « وفا » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « رهن » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « الثاني » بدون الواو . (٦) في (أ) : « لمفهوم » .

(٧) وهذا الوجه هو الذي رجحه في الروضة . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦١ ، ٦٢) .

(٨) قال في الروضة : « ولا تدخل الثمرةُ المؤبَّرةُ تحت رهن الشجرة قطعًا ، ولا غيرُ المؤبرة على الأظهر . وقيل : قطعًا » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦١) .

وكذا في الجنين خلافٌ ، وأولى بأن يدرج [١] من الثمار ؛ لأن الثمارَ قد تفرد [٢] بالاستثناء والتصرفات .

واللبنُ في الضَّرْع منهم من ألحقه بالجنين . ومنهم من قطع بأنه لا يندرج [٣] ؛ لتحقق وجوده ، فهو كالثمار المؤبرة .

والأوراقُ من التوت كالثمار المؤبرة ، ومن غيره يندرج .

وفي الصوف على ظَهْرِ الحيوان ، ثلاثة أوجه [٤] ، من حيث إنه يضاهي الثمارَ المؤبرةَ من وجه ، والأغصانَ من وجه ، وفي الثالث يفرق بين ما استُجِزَّ وبين القصير الذي لا يُعتاد جَزُّه .

(٥ وأغصانُ الخِلَافِ كالصوف المُستَجَزِّ ٥) ، وأغصانُ سائرِ الأشجار يندرج [٦] .

* * *

---

(١) في (أ) : « يندرج » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « يفرد » ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٣) ذكر في الروضة : أن هذا هو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦١/٤) .

(٤) قال في الروضة : « ولا يدخل الصوف على الأظهر » . انظر : روضة الطالبين : (٦١/٤) .

(٥) ما بين القوسين مكرر في (ب) .

(٦) في (أ) : « تندرج » .

الركن الرابع : العاقد

ويُعتبر فيه ما [يُعتبر] [١] في البيع وزيادةُ أمْرٍ وهو : أن يكون من أهل التبرع بالمرهون [٢] ؛ لأن الرهنَ تبرُّعٌ ، فلا [٣] يجوز لوليِّ الطفل وللمكاتب والمأذون في التجارة على كل حالٍ ، بل لابد من تفصيل :

أما وليُّ الطفلِ : فالنظر في رهنه وارتهانه .

أما ارتهانُه [٤] : فيجوز عند العجز عن استيفاء الدين ، ولا يجوز مع القدرة ، ويجوز عند تأجيلِ [٥] الدين ، ويتأجَّلُ دينُه بالبيع بالنسيئة ، وله ذلك إذا ظهرت فيه الغِبْطةُ ، ولكن بشرط الارتهان ، حتى قال العراقيون [٦] : لو باع ما يساوي مائةً بمائةٍ نَقْدًا وعشرين نسيئةً : لم يَجُزْ إلا بشرط الارتهان بالعشرين .

وهو سرفٌ ، بل الوجه [٧] : جوازُه دون الرهن ، إذا كان يَثِقُ بذمة مَنْ عليه [الدينُ] [٨] فلا يزيد ذلك على إيضاعه مالَ اليتيم للتجارة ، وهو جائزٌ لأجل الزيادة ، بخلاف الإقراضِ ، فإنه يحرم فيه الزيادةُ ، فلا [٩] يجوز إلا في زمانِ نهبٍ وغارة .

أما رهن ماله ، فلا [١٠] يجوز إلا بغبطةٍ ظاهرة ، كما إذا بِيعَ منه ما يساوي ألفين

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « بالرهون » .
(٣) في (أ) : « ولا » .
(٤) في (ب) : « أما ركانه » .
(٥) في (أ) : « تأجُّل » .
(٦) قال في الروضة : « قلت : هذا الوجه حكاه بعض العراقيين عن الإصطخري . وقال الغزالي : إنه مذهب العراقيين ، ليس بجيد ، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب العراقيين . وإنما اشتهر الخلافُ عندهم فيما إذا باع ما يساوي مائة نقدًا ، ومائة وعشرين نسيئةً بمائة وعشرين نسيئة ، وأخذ بالجميع رهنًا ، ففيه عندهم وجهان ، الصحيح وظاهر النص وقول أكثرهم : أنه صحيح » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٦٣) .
(٧) في (أ) : « للوجه » .
(٨) زيادة من (أ) .
(٩) في (أ) : « ولا » .
(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

بألف ، وأُخِذَ منه رهنٌ [1] يساوي ألفًا ؛ لأن أقصى ما في الباب أن يتلف المرهونُ أمانةً ، فيكون قد حصل على ألفين في مقابلة ألفين .

فإن زاد [2] قيمةُ المرهون وجملةُ الثمن على المشتري : لم يجز ؛ لانه حَجْرٌ ناجزٌ في ألفين من غير حصولٍ على ألفين .

قال الشيخ أبو محمد : لو رهن عقارًا وكان في الشراء غبطةٌ : جاز ؛ إذ لا يخاف فَوْتَ العقار ، والمنفعةُ له .

وبيعُ عقارِ الطفل : لا يجوز إلا لحاجةٍ حتى نَفُكَّ [3] الحجْرَ عنه .

ويجوز الرهنُ أيضًا لحاجةٍ فَاقَةٍ [4] ، كما إذا افتقر الصبيُّ إلى طعامٍ ، وله عقارٌ يتوقع من رِيعه ما يَفِي بثمن الطعام ، فله أن يشتري ويرهن .

وحكمُ المكاتب حكمُ وليِّ الطفل ، وحكمُ المأذون مرتَّبٌ على المكاتب ، وأولى بالمنع ؛ لأن الرهنَ قد لا يتناوله اسمُ التجارة ، ولذلك لا يَقْدِرُ على إجارة نفسه .

* * *

---

(١) في (أ) : « وأَخَذ منه رهنًا » .

(٢) في (أ) : « زادت » .

(٣) في (ب) : « يُقَال » .

(٤) في (أ) : « حاقة » .

الباب الثاني [1] : في القبض والطوارئ قبله

[وفيه قسمان] [2]

القسم [3] الأول : في القبض

وهو ركنٌ في الرهن لا يلزم إلا به ، خلافًا لمالكٍ - رحمه الله - [4] ، فإنه قال : يلزم بنفسه ، وطرد ذلك في الهبة والإعارة وكلِّ تبرع .

ثم [5] يُشترط لصحة القبض من التكليف والأهلية ما يُشترط للعقد ، واليدُ / ٨٢/ب مستحقةٌ [6] للمرتهن .

---

(١) قال الحموي : « قوله : (الباب الثاني : في القبض والطوارئ . وفيه قسمان : الأول : في القبض ، وهو ركنٌ في الرهن لا يلزم إلا به) .

قال المصنف : « جعل الشيخُ القبضَ ركنًا وليس داخلًا في حقيقة الرهن ؛ فإنه لو رهن شيئًا ولم يحصل فيه قبضٌ صح الرهنُ بالاتفاق وإن لم يوجد فيه قبضٌ ، فإنه لو كان ركناً لما انعقد إلا به كسائر الأركان ، ثم أقول : المعنى الموجودُ فيه حاصلٌ في البيع ومع هذا لم يسمِّ القبضَ ركنًا فيه مع أنه لا يلزم إلا به » .

قلت : إنما سماه ركنًا بطريق المجاز لا بطريق الحقيقة ، فإنه لما لم يلزم العقد فيه إلا بالقبض أطلق عليه ذلك ويخالف البيع ، فإنه يتصور فيه اللزوم باختيارهما بعد التفرق أو بعد اختيار إمضاء البيع أو انقضاء الخيار في شرط الخيار وإن كان القبض لا يوجد فيه أيضًا ، فإن المرتهن لو قبض الرهنَ من غير إذنِ الراهن ، لم يكن ذلك قبضًا منه ويتعين عليه الردُّ من غير خلاف ، ولو وجد مثل هذا المعنى في البيع لكان قبضًا على أحد الوجهين ، وإذا كان كذلك دلَّ على أن القبض في الرهن آكد منه في البيع لما أشرنا إليه وذلك يقتضي تسميتَه ركنًا بطريق المجاز ، وبه خرج الجواب .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (أ) . (٣) كلمة : « القسم » : ليست في (أ) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن القبضَ ركنٌ في لزوم العقد ، فلا يصح الرهنُ إلا بالإيجاب والقبول ، ولا يلزم إلا بالقبض .

ومذهب المالكية : أن الرهنَ ينعقد بالإيجاب والقبول ولا يتم إلا بالقبض ، فالقبض شرط في تمام العقد .

انظر : التنبيه : (٧٠) ، روضة الطالبين : (٦٥/٤) ، المجموع : (٣٠٩/١٢ ، ٣١٩) .

(٥) في (أ) : « لم » . (٦) في (أ) : « مستحق » .

ولو أناب فيه نائبًا : جازِ ، ولا يجوز أن يُنِيبَ الراهنَ ، ولا عَبْدَه القِنَّ ، ولا مُسْتَولدتَه ؛ لأن يَدَهم يدُ الراهن ، ويجوز أن يُنِيب مكاتبَه .

وفي عبده المأذون [له] (١) (٢ في التجارة ٢) ثلاثةُ أوجه (٣) ، يفرق في الثالث بين أن تركَبَه الديونُ فتنقطع سلطنةُ السَّيد عمَّا في يده ويضاهي المكاتب ، وبين أن لا تركبه الديون .

والنظر الآن في صورة القبض ، وهو : التخلية في العقار ، والنقل في المنقول .

وفي الاكتفاء في المنقول بالتخلية خلافٌ ، كما في البيع ، وقطع القاضي بالفرق ؛ لأن البيعَ يُوجِبُ استحقاقَ القبض ، فيكفي التمكينُ فيه ، وهاهنا لا استحقاق ، بل القبضُ سببُ الاستحقاق فلا وَقْعَ لمجرد التمكين .

أما إذا رهن [المودِعُ] (٤) من المودَع الوديعة ، فقد نصَّ - الشافعي - رضي الله عنه - (٥) أنه لا يلزم بمجرد قوله : رهنت ، بل لابد من إذنٍ جديدٍ في القبض ، ونصَّ في الهبة على خلافه .

فقال الأصحاب : قولان (٦) بالنقل والتخريج ، ومن قرر النَّصَّيْنْ (٧) فرَّق بالضعف والقوة .

وتوجيه القولين : مَنْ قال : يُكْتَفَى به ، جعل قوله : رهنت بقرينة الحال رِضًا بالقبض (٨) ، ومَنْ لم يَكْتَفِ به نَظَرَ إلى مجرد الصيغة ، وهي لا تَدُلُّ (٩ على القبض ٩) ،

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (ب) : « للتجارة » .

(٣) أصح هذه الأوجه : أنه لا يصح أن يستنيب عبدَه المأذون له في التجارة كما في الروضة : (٤/٦٥) ، مغني المحتاج : (٢/١٢٨) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٥٤) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) انظر : الأم : (٣/١٢٥) ، مختصر المزني : (٢/٢١٠) ، الحاوي الكبير : (٦/٣٣) ، روضة الطالبين : (٤/٦٦) ، المجموع : (١٢/٣١٤) .

(٦) أظهر هذين القولين : اشتراط الإذن في الرهن والهبة ، كما في الروضة : (٤/٦٦) ، المجموع : (١٢/٣١٤) .

(٧) في (أ) : « النص » .
(٨) في (أ) : « بالرهن » .

(٩) ما بين القوسين ليس في (أ) .

ولذلك لا يجوز للمرتهن أخْذُ المرهونِ إذا لم يكن في يده إلا بإذنٍ جديد ثَمَّ ، سواء قلنا : لا يَفْتَقِرُ إلى إذن جديد ، أو قلنا : يفتقر ، فإذًا فلابد من مُضِيٍّ مدةٍ يُتصور تحقيقُ صورةِ القبض فيها حتى يلزم .

فهل [١] يُشترط الرجوعُ إلى بينةٍ ومُشَاهَدةِ المرهون ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لابد منه ؛ [٢] ليتحقق التمكنُ [٢] فيكون كالقبض لنفسِه [٣] ، وهو نصُّ الشافعي - رضي الله عنه - [٤] ؛ إذ قال : ولو [٥] كان في المسجد والوديعةُ في بيته لم يكن قبضًا حتى يصير إلى منزله .

والثاني [٦] : أنه لا يُشترط [الرجوعُ] [٧] ؛ إذ لا فائدةَ للرجوع .

والثالث [٨] : أنه إن استيقن وجودَه أو غَلَب على ظنه فلا فائدةَ في الرجوع ، وإلا فيرجع ليتيقَّن وجودَه .

فإن قلنا : يُشترط الرجوعُ ، ففي اشتراط نقله من مكان إلى مكانٍ وجهان [٩] ، واشتراطُ النقل هو الغايةُ فلا ذَاهِبَ إلى أنه يجب ردُّه على الراهن واسترداده [بعد ذلك] [١٠] .

وروى العراقيون عن حرملة [١١] : أنَّا إذا لم يَشترط إذنًا جديدًا فلا يشترط أيضًا

---

(١) في (أ) : « وهل » .

(٢) في (ب) : « لتحقق له التمكين » . (٣) في (أ) : « نفسه » .

(٤) انظر : الأم (١٢٥/٣) ، مختصر المزني : (٢١٠/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٣/٦) .

(٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) وهذا الوجه : هو الأصح ، كما في الروضة : (٦٦/٤) .

(٧) زيادة من (أ) . (٨) في (أ) : « الثالث » بدون الواو .

(٩) ذكر النووي في الروضة : أنه لا يشترط نَقْلُه من مكان إلى مكان على المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦٦/٤ ، ٦٧) . (١٠) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(١١) ذكر النووي في الروضة : أن هذا المروي عن حرملة مذهبٌ لنفسه ، وليس نقلًا عن الشافعي . انظر: روضة الطالبين : (٦٦/٤) ، المجموع : (٣١٥/١٢) .

مُضِيَّ الزمان ، وهو محتملٌ لكنه بعيدٌ من المذهب .

ثم إن شرطنا شيئًا سوى مُضيِّ الزمان ، فهل [1] تجوز الاستنابةُ فيه ؟ فعلى [2] وجهين [3] .

ووجه [4] المنع : أنه إنما يصير قابضًا بالضم إلى ما سبق من النقل ، فلا يقبل التَّعدد .

والأصح : أن البيعَ من المودعِ مُسَلَّطٌ [5] على التصرف وناقلٌ للضمان دون إذنٍ جديد ، بخلاف الرهن . فإنه محصلٌ للملك وهو في يده .

وفيه وجه : أنه [6] كالرهن .

والأصح : أن الرهنَ من الغاصب كالرهن من المودع .

وفيه وجه : أنه لابد من إذنٍ جديدٍ قطعًا ؛ إذ لم يسبق هاهنا إذنٌ حتى ينصرف الآن إلى جهة الرهن .

فإن قيل : فهل يَبْرَأُ الغاصبُ عن [7] ضمانِ الغصب بالرهن ؟

قُلنا : عندنا لا يبرأ ، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - [8] ؛ لأن يدَ الغاصب لم تنقطع ، فلا [9] ينقطع حكمهُ ، بخلاف ما إذا أودع عند الغاصب فإن الظاهرَ : أنه

---

(١) في (أ) : « فعلى » .
(٢) في (ب) : « فيه » .

(٣) الأصح من هذين الوجهين : جواز الاستنابة فيه . انظر : روضة الطالبين : (٦٧/٤) .

(٤) في (أ) : « وجه » بدون الواو .
(٥) في (أ) : « تسلُّط » .

(٦) في (أ) : « أنه لابد من إذنٍ جديد » .
(٧) في (أ) : « من » .

(٨) **مذهب الشافعية** : أنه إذا كان الرهن عند الغاصب فلا يبرأ من ضمان الغصب إلا أن يرده إلى المغصوب منه .

ومذهب الحنفية : أنه يزول ضمانُ الغصب عن المرتهن بالرهن ، وهو اختيار المزني .

انظر الأم : (١٢٥/٣) ، مختصر المزني : (٢١٠/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٩/٦ ، ٤٠) ، روضة الطالبين : (٦٨/٤) ، المجموع : (٣١٣/١٢) ، مغني المحتاج : (١٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٥/٤ ، ٢٥٦) .

(٩) في (أ) : « فلم » .

ينقطع ؛ لأنه عاد إلى المالك حكماً ؛ إذ يَدُه يد المودع ، ويدُ المرتهن لنفسه .

ولو آجَرَه (١) فوجهان (٢) ؛ لأنهِ مردَّدٌ (٣) بين أن نجعل للآجِرِ ؛ لما فيه من تقرير أجرته ، أو (٤) للمستأجر ؛ للانتفاع .

وفي الوكالة بالبيع وجهان مرتبان على الإجارة ، وأولى بأن لا يبرأ ؛ لأنه كالمستأجر فيه ، إلا أن غرضَ المالك (٥) هاهنا في اليد أظهرُ .

ولو رهن من المستعير ففي براءته عن ضمان العارية وجهان (٦) مبنيان على أنه هل يضمن ضمان المغصوب (٧) ؟

ولو أبرأ الغاصب صريحًا عن الضمان مع بقاء اليد ، ففي البراءة وجهان (٨) من حيث إنه إبراءٌ عمَّا لم يتم سببُ وجوبه ؛ إذ تمامُ الوجوب بالتلف .

ثم إذا قلنا : لا يبرأ الغاصبُ ، فله أن يَرُدَّ على الراهن ويسترد ، ويُجْبَرُ الراهنُ على الأخذ والردِّ بعد لزوم الرهن .

* * *

---

(١) في (أ) : « آجر » .

(٢) قال في الروضة : « والإجارة ، والتوكيل ، والقراض على المال المغصوب ، وتزويجه للجارية التي غصبها لا يفيد البراءةَ على المذهب » . انظر روضة الطالبين : (٦٨/٤) .

(٣) في (أ) : « متردد » .

(٤) في (أ) : « و » .

(٥) في (أ) : « الملك » .

(٦) الأصح : أنه لا يبرأ ، كما في الروضة : (٦٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٥/٤) .

(٧) في (أ) : « الغصوب » .

(٨) الأصح : أنه لا يبرأ ، كما في الروضة : (٦٨/٤) .

القسم الثاني من الباب : الكلام في الطوارئ قبل القبض

والنظر في تصرفات الراهن ، وأحوال العاقد ، وأحوال المعقود عليه .

أما التصرفات : فكلُّ ما يُزِيلُ المِلكَ فهو رجوعٌ عن الرهن ؛ لأنه جائزٌ ، وهو ضدُّه ، ومالا يُزِيل الملك [1] كالتزويج [2] ليس [3] برجوعٍ ؛ إذ لا مضادةَ ، والإجارةُ رجوعٌ [عن الرهن] [4] ، إن قلنا : يمنع البيعَ ، وإلا فالظاهر [5] : أنه ليس برجوع كالتزويج [6] .

والتدبيرُ بحكمِ نصِّ الشافعيِّ - رضي الله عنه - [7] : [أنه] [8] رجوعٌ ؛ إذ جعله مانعًا من الرهن ، كما سبق .

وعلى تخريج الربيع [9] : ليس برجوع ، وهو القياس .

أما أحوال العاقدين : فموت الراهن : نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - [10] أنه سببٌ للفسخ ، ونصَّ في موت المرتهن على أنه يُسلم إلى الورثة ، فقيل : قولان [11] بالنقل والتخريج .

---

(١) كلمة : « الملك » : ليست في (ب) . (٢) في (أ) : « كالروح » .

(٣) في (أ) : « فليس » . (٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٥) قال في الروضة : « وأما الإجارة ، فإن جوَّزنا رهنَ المستأجر وبيعَه فليس برجوع ، وإلا فرجوع على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٦٩/٤) . (٦) في (أ) : « كالترويح » .

(٧) انظر : الأم : (١٢٣/٣) ، روضة الطالبين : (٦٩/٤) ، المجموع : (٣٣٣/١٢) ، مغني المحتاج : (١٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٦/٤ ، ٢٥٧) .

(٨) زيادة من (أ) . (٩) انظر : الأم : (١٢٣/٣) .

(١٠) انظر : الأم : (١٢٣/٣) ، مختصر المزني : (٢١٠/٢) ، الحاوي الكبير : (١٦/٦) .

(١١) قال في الروضة : « النوع الثاني : ما يعرض للمتعاقدين ، فإن مات أحدُهما قبل القبض ، فنص : أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن ، وفيهما طرق : أصحها : فيها قولان : أظهرهما : لا يبطل فيهما ؛ لأن مصيره إلى اللزوم ، فلا يبطل بموتهما كالبيع . والثاني : يبطل ؛ لأنه جائز ، فبطل كالوكالة .

والطريق الثاني : تقرير النصين ؛ لأن المرهونَ بعد موت الراهن ملكٌ لوارثه . وفي إبقاء الرهن ضررٌ عليهم ، وفي موت المرتهن يبقى الدينُ ، والوارثُ محتاجٌ إلى الوثيقة حاجة ميتة .

والثالث : القطع بعدم البطلان فيهما » . انظر : روضة الطالبين : (٧٠/٤) ، المجموع : (٣١٧/١٢ ، ٣١٨) .

ووجه التردد : مشابهتُه للجِعالة والوَكالة ، وهي [1] تنفسخ بالموت ، وللبيع [2] الجائز ، فإن مصيرَه إلى اللزوم ، وهو لا ينفسخ .

ومَنْ قرَّر النَّصَّيْن فرَّق من [3] حقوقَ الغرماءِ والورثةِ يتعلق بالمرهون عند موت الراهن، وعمادُ الرهن من جانب المرتهن الدَّيْنُ ، واستحقاقُه لا يتأثر موته [4] .

وفي جنون العاقدين خلافٌ [5] مرتَّبٌ على الموت ، وفي السَّفَهِ خلاف مرتب على الجنون ، وأولى بأن لا ينفسخ ؛ فإنَّ عدمَ العقل دون عدم الروح .

أما أحوال المعقود عليه : ففي انفساخ الرهن بانقلاب العصير خَمْرًا وجهان [6] / ٨٣ / أ .

وفي جناية العبد وإِبَاقِه وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا ينفسخ ، وهو قريبٌ من الخلاف في الجنون .

وانقلابُ العصير خمرًا أولى بالفسخ ؛ لأنه يُنَافي الماليةَ ، ولذلك يزول الرهنُ بعد القبض به ، ولكن إذا عاد خَلًّا عاد [7] وثيقةُ الرهن ، بسبب اختصاص اليد ، كما عاد ملكُ المالك بسبب الاختصاص بالعين .

ويمكن أن يُقال : كان الرهنُ موقوفًا ، كما نقول في وقف النكاح على انقضاء العِدَّة في رِدَّةِ [8] المنكوحة ، ومصيرُ العصير خمرًا في البيع قبل القبض ، كهو في الرهن بعد القبض .

التفريع : إذا قلنا : لا ينفسخ به قبل القبض ، بل إذا [9] عاد خَلًّا عاد الرهنُ كما

(١) في (أ) : « وهل » .
(٢) في (أ) : « وبالبيع » .
(٣) في (أ) : « بأن » .
(٤) في (أ) : « بموته » .
(٥) انظر : روضة الطالبين : (٧٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٧/٤) .
(٦) الصحيح من هذين الوجهين ، والذي قطع به الجمهور : أنه ينفسخ الرهن . انظر روضة الطالبين : (٧٠/٤ ، ٧١) ، مغني المحتاج : (١٢٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٥٧/٤) .
(٧) في (أ) : « عادت » .
(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « الردة » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .
(٩) في (أ) : « فإذا » .

بعد القبض . فلو أقبض وهو خمرٌ فالقبض فاسدٌ ، فلو صار خَلًّا ، فقال : أمْسِكْه لنفسك لم يكفِ . ولو قال : اقْبِضْه لنفسك فيكون هو القابضَ والمُقْبِضَ ، وفي مثله خلاف في البيع . هكذا قاله الأصحاب .

قال صاحب التقريب [أبو القاسم بن القاسم القفال الشاشي] [1] : ينبغي أن يكون [هذا] [2] كإذْنِ المودِعِ بعد الرهن منه ؛ إذ لا فَرْقَ بينهما .

فإن قيل : وهل يجوز السعيُ في التخليل ؟

قلنا : التخليلُ حرامٌ عند الشافعي - رضي الله عنه - [3] لحديث أبي طلحة [4] ، ثم الخمر [5] إن لم يكن محترمًا [6] ، وهو ما اعْتُصر لأجل الخمرية ، فإن خُلِّلَ بإلقاء مِلْحٍ

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) انظر : الأم : (١٤١/٣) ، مختصر المزني : (٢١٣/٢) ، الحاوي الكبير : (١١٢/٦) ، روضة الطالبين : (٧٢/٤) ، المجموع (٣٨١/١٢) .

(٤) عن أبي طلحة : « أن النبي ﷺ أمَرَه بإراقة خمور اليتامى » . أخرجه أبو داود : (٣٢٥/٣) كتاب الأشربة - باب ما جاء في الخمر تخلل (٣٦٧٥) ، والترمذي : (٥٨٨/٣) (١٢) كتاب البيوع (٥٨) باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك (١٢٩٣) ، وأحمد في مسنده : (١١٩/٣) ، والدارقطني : (٢٦٥/٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٣٥/٣) حديث رقم : (١٢٣٠) .

(٥) في (أ) زيادة كلمة : « ثم » ، وليس لها معنى ولذا لم أثبتها في المتن .

(٦) قال الحموى : « قوله فيه : (وإن لم يكن الخمر محترمًا وهو ما اعتصر لأجل الخمرية ، فإن خلل بإلقاء ملح فهو نجسٌ لعلتين) إلى قوله : (فإن خُلِّل بالنقل من شمس إلى ظل فوجهان ؛ بناءً على العلتين ، وإن لم يوجد إلا قصد الإمساك ليتخلل ، فالظاهر : أنه ظاهر ، وفيه وجه ، وإن اعتصر للخمرية فصار خَلًّا من غير قصدٍ فهو طاهرٌ ؛ إذ لا قصد ولا فعل ، وإن كانت الخمرةُ محترمة اعتصرت للخل فهي طاهرةٌ في جميع الصور إلا إذا ألقي فيها ملحٌ ، فإن نُقل من شمسٍ إلى ظل ، فالظاهر : طهارته) .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ يرد عليه إشكالان : أحدهما : أنه فرَضَ المسألةَ أولاً فيما إذا كانت الخمرةُ غيرَ محترمة ، ثم قال : وفيه وجه ، وإن اعْتُصر للخمرية فصار خلًّا من غير قصد فهو طاهر لا قصد ولا فعل . فإنه لا فائدةَ ظاهرة في كونه يرجع ويقول ذلك فإنه بنى كلامَه عليه . الثاني : استثناء إلقاء الملح ، ثم قال آخرًا : وإن نقل من ظل إلى شمسٍ ، فالظاهر طهارته وإذا كان كذلك فلا يخلو إما أن يكون الذي =

فهو نَجِس لعلتين : إحداهما : تحريم التخليل .

والأخرى [1] : ثبوتُ حكم النجاسة للمتحلل [2] ، [و] [3] ذلك لا يزول إلا بالماء تعبُّدًا ، بخلاف أجزاء الدَّنِّ ؛ فإن فيه ضرورةً .

فإن خُلِّل بالنقل من ظِلٍّ إلى شمسٍ فوجهان [4] ؛ بناءً على العلتين ، وإن لم يَجْرِ إلا مجردُ قصدِ الإمساك ليتخلل ، فالظاهر : أنه طاهر ، وفيه وجه .

فإن [5] اعتصره للخمرِيَّة [5] فصار خلًّا - من غير قصد - فهو طاهر ؛ إذ لا قَصْدَ ولا فِعْلَ . وإن كانت [6] الخمرةُ [7] محترمةً - وهي التي اعتُصِرَتْ للخلّ - فهو طاهرٌ في جميع الصور ، إلا إذا أُلقي فيه مِلْحٌ ، فإن نُقِل من الظل إلى الشمس ، فالظاهر : طهارته .

= ذكره معطوفًا على الاستثناء أم لا ، فإن كان الأول كان مندرجًا تحت المستثنى منه ، وإن كان ... كلام لم يدع الحاجة إليه استغنى بما ذكر أولاً لما لا يخفى .

قلت : أمكن أن يجاب عن الأول فيقال : إنما ذكر الشيخ ذلك كذلك حتى يبقى احتمالُ كونه رجوعًا عما فرضه أولا لما طال كلامه فيه ؛ لئلا يعتقد معتقدٌ أن كلامه انقطع ، وذلك فائدة ظاهرة . وأما الجواب عن الإشكال الثاني فظاهرٌ ، فإنه أعاد ذكْرَه كذلك لأجل الاختلاف وكأنه استثنى الوجه المرجوح ، فإنه لما قال : فالظاهرُ طهارته ، علم فيه وجه : أنه يحسن وكان بمنزلة ما لو قال : وفيه وجه أنه نجس ، ولو كان هكذا لكان أولى لما لا يخفى ، ولكن ليس يُشترط أن يذكر المصنفُ في عبارته ما هو أولى بعد أن نؤدِّي كلامه إلى صحة المعنى ، والإشكالان ضعيفان .

(١) في (أ) : « والآخر » . (٢) في (أ) : « للملح » .

(٣) الواو زيادة من (أ) .

(٤) الأصح من هذين الوجهين : أن الخمرَ إذا تخللت بنقلها من ظلٍّ إلى شمس أنها تطهر . انظر : روضة الطالبين : (٧٤/٤) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « اعتصر للخمر » .

(٦) في (ب) : « كان » . (٧) في (أ) : « الخمر » .

فإن قيل : فالعناقيد إذا استحالت بواطنُها واشتدَّتْ ، ما حكمها ؟

قلنا : بواطنُها نجسةٌ ، وفي جواز بيعها وجهان [١] يجريان في البيضة [٢] المَذِرَة .

ووجه التصحيح : الاعتمادُ في الحالِ على [٣] طهارة الظاهر [٣] ، وفائدتُه المنتظرة عند التخلُّلِ والتَّفرُّخ .

* * *

(١) الصحيح من هذين الوجهين : المنع ، كما في الروضة : (٧٤/٤) .

(٢) في (ب) : « البويضة » .

(٣) في (أ) : « طاهرة » ، وفي (ب) : « ظاهرة الطاهر » .

الباب الثالث

في حكم المرهون بعد القبض في حق المرتهن والراهن

فهذا [١] ينبني على فَهْمِ حقيقةِ الرهن ، وحقيقته : إثباتُ الوثيقة [٢] لدَيْنِ المرتهن في العين ، حتى يُثْبِتَ عليه اليدَ ويختص به ، فيُقَدَّم على الغرباء عند الزَّحمة ، ويأمن فواتَ الدين بالإفلاس .

فيتضمن [٣] الرهنُ تجديدَ سلطنةٍ للمرتهن لم تكن ، وقَطْعَ سلطنةٍ للراهن كانت .

فالنظرُ يتعلق بما انقطع من سلطنة الراهن ، وما تجدَّد للمرتهن وبيانِ محل الوثيقة ، وغايتها التي عندها ينقطع ، فهي أربعة أطراف :

---

(١) في (أ) : « وهذا » .

(٢) في (أ) : « وثيقة » .

(٣) في (أ) : « فيتضمن » .

الطرف الأول : فيما حُجِرَ على المالك فيه

وهو كلُّ ما يُفوِّت وثيقةَ المرتهن أو بعضَها [(١)] [أو يُنْقِصُها] [(٢)] ، وتصرُّفُ الراهن من ثلاثة أوجه :

الأول : التصرف القولي :

[(٣)] فكلُّ ما [٣)] ينقل المِلْكَ إلى غيره كالبيع والهبة أو يُنْقِصُ الملكَ [(٤)] كالتزويج والإجارة ؛ إذ [(٥)] يقلل الرغبة في الحال ، أو يزحم المرتهنَ كالرهن من غيره : فهو ممنوع ، ولا مَنْعَ من إجارةٍ تنقضي مدتُها [(٦)] قبل حلول الدين .

أما ما يُسْقِطُ الملكَ كالإعتاق ، فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يَنْفُذُ ، فإنه يُفَوِّت الوثيقةَ من العين ، كالبيع .

والثاني : يَنْفُذُ ، ويَغْرَمُ ، فإنه يسري إلى ملكِ [(٧)] الشريك ، وحقُّ المرتهن لا يزيد عليه .

والثالث [(٨)] : أنه إن كان مُوسِرًا نَفَذَ وغَرِمَ ، وإلا فلا ، فإنه إذا لم يمكن تغريمُه ، يبقى العتقُ في حق المرتهن تفويتًا محضًا .

أما إذا رهن نصفَ العبد : فالصحيح أن إعتاقَه في النصف المسْتَبْقَى إذا نَفَذَ سَرَى إلى المرهون مهما كان موسرًا ؛ لأنه في معنى صورة السِّراية إلى ملك الغَيْرِ ؛ لوجوده محلًّا فارغًا في الابتداء ، بل أولى منه .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « بعضه » ، والمثبت من (أ) .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « وهو كل ما » ، وفي (ب) : « وكل ما » .

(٤) في (أ) : « المالية » ، وفي (ب) : « الهبة » .

(٥) في (أ) : « أو » .

(٦) في (أ) : « حلولها » .

(٧) في (أ) : « نصيب » .

(٨) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (٤/٧٥) ، مغني المحتاج : (٢/١٣٠) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦٠) .

التفريع : إن قلنا : ينفذ ويغرم ، ففي وقت نفوذ العتق طريقان :

أحدهما [١] : أنه ينفذ في الحال ؛ لأنه صادَفَ ملكَه .

والثاني : أنه يُخرَّج على الأقوال في ملك الشريك ، فعلى قول : متنجِّزُ [٢] ، وعلى [٣] آخر [٤] : يتوقَّف على بذل البدل ، وعلى الثالث : على [٥] بذل البدل يتبين حصولُه من وقت الإنشاء .

وإن قُلنا : لا يَنْفُذُ العتقُ ، ففي نفوذه عند فَكِّ الرهن وجهان :

أحدهما : بلى ؛ إذ صادف ملكَه واندفع لمانعٍ ، والآن فقد [٦] ارتفع .

والثاني [٧] : لا ؛ لأنه ليس بمعلَّقٍ ، ولم يَتنجَّزْ ، فلا يعود بعد اندفاعه .

ولا خلافَ في [٨] أنه لو بِيعَ في حقِّ المرتهن وعاد إليه يومًا [من الدهر] [٩] لا ينفذ .

أما تعليقُ العتق في المرهون ، إن اتَّصل بالصفة قبل فكِّ الرهن فحكمُه حكمُ العتق ، وإن وُجدت الصفةُ بعده ، فالأصح : النفوذ .

وفيه وجه : أنه لا ينعقد التعليقُ في حالةٍ لا يملك التنجيزَ فيها ، وهو ملتفتٌ على تعليق الطلقة الثالثة في حق العبد .

الوجه الثاني لتصرُّفه : الوطءُ .

وهو ممنوع ؛ لأنه يُعَرِّضُ الملكَ لنقصان الولادة .

---

(١) وهذا الطريق هو المذهب ، كما في الروضة : (٤/٧٦) .

(٢) في (أ) : « يتنجز » .

(٣) قوله : « على » : ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « الآخر » .

(٥) في (أ) : « عند » .

(٦) في (أ) : « قد » .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٧٥) ، مغني المحتاج : (٢/١٣٠) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦١) .

(٨) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

وفي الصغيرة والآيِسة وجه ، والأصح : حَسْمُ الباب ، فإن أَقْدَم فلا حَدَّ ولا مهرَ ، والولد حرٌّ نسيبٌ له [(١)] .

وفي الاستيلاد خلاف [(٢)] مرتَّب / على العتق ، وأولى بالحصول ؛ لأنه من جُملة الأفعال ، فإن حكمنا به [(٣] وجب عليه [٣)] قيمتُها يوم الإحبال ، فيجعلها رهنًا بدلها . ٨٣/ب

وإن قُلنا : لا يحصل ، فإن بِيعَتْ - وفي بطنها الولدُ الحرُّ - صحَّ [(٤)] ، وفيه وجه : أنه يبطل ، ويُجْعَلُ ذلك كاستثناء الحمل ، وإن انفك [(٥)] الرهنُ فالأصح هاهنا : عَوْدُ الاستيلاد ، وإن ماتت من طَلْقِ هذا الاستيلاد فعليه القيمة ؛ لأنه المتلفُ بوطئه ، وكذلك [(٦)] إذا وطئ أَمَةَ الغير بالشُّبْهة ، فماتت في [(٧)] الطَّلْقِ .

وفيه وجه آخر - ذكره الفوراني - : أنه لا يجب ؛ إذ يبعد إحالةُ الهلاك على الوطء مع تخلُّلِ أسبابٍ حبلية [(٨)] .

ولو ماتت زوجتُه من الطلق فلا ضمان قطعًا ؛ لأنه تولد من مستحق ، وفي الحرة

---

(١) قوله : « له » : ليس في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « فإن أولدها فالولد نسيبٌ حر ولا قيمة عليه ، وفي مصيرها أمَّ ولدٍ أقوالُ العتق ، وهنا أولى بالنفوذ عند الأكثر ؛ لقوة الإحبال . وقيل عكسه ؛ لأن العتقَ أقوى من جهة ، فإنه تنجزُ به الحرية ، بخلاف الاستيلاد . وقيل : هما سواء . وإن شئت قلت : فيه ثلاثة طرق : القطع بالنفوذ ، وعدمه ، وأصحها وهو الثالث : طرد الأقوال ، فإن نفذ بالاستيلاد لزمه القيمةُ والحكم على ما سبق في العتق ، وإلا فالرهن بحاله » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٧٧ ، ٧٨) ، مغني المحتاج : (٢/١٣١) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦٤) .

(٣) في (ب) : « عليه وجب » .

(٤) الأصح : أنه لا يجوز بيعها وهي حامل ، كما في الروضة : (٤/٧٨) ، مغني المحتاج : (٢/١٣١) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦٤) .

(٥) في (أ) : « فك » .

(٦) في (أ) : « وكذا » .

(٧) في (أ) : « من » .

(٨) في (أ) : « جلية » .

الموطوءة بالشبهة وجهان [1] :

ووجه [2] الفرق : أن الحَوالةَ عليها ممكنٌ ، فإنها صاحبةُ الحقِّ واليدُ لها [3] في نفسها ، بخلاف الأمَة ، وكذلك في الزنا ، فإن كان مع استكراهٍ ، فلا يمكن الحَوالةُ عليها [4] ؛ لأنَّا لا نعرف كونَ الولدِ منه ، والشرعُ مَنَعَ النسبَ .

فإن أقرَّ بأنه من إحباله ، ففي كلام الأصحاب ما يَدُلُّ على أنه لا يجب أيضًا ، فإن السببَ ضعيفٌ ، وكأنه [5] في الأمة حصل مثلُ إثباتِ اليد عليها باستعمال [6] رَحِمِها في تربية الولد ، فكان كالهلاك [7] تحت اليد .

التفريع : إذا أوجبنا القيمةَ ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه باعتبار أقْصَى القِيَمِ من يوم الإحبال إلى يوم الموت ، وكأن الإحبالَ غَصْبٌ واستيلاد .

[و] [8] الثاني : باعتبار يوم الموت .

والثالث [9] : باعتبار يوم الإحبال .

الوجه الثالث : الانتفاع :

وهو جائزٌ عندنا للراهن ، [10] في الدار [10] المرهونةِ بالسُّكون ، [11] وفي العبد [11]

---

(١) الأصح : أنه لا تجب الديةُ للحرة الموطوءة بالشبهة ، كما في الروضة : (٤/٧٨) ، مغني المحتاج : (٢/١٣١) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦٥) .

(٢) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

(٣) قوله : « لها » : ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « عليه » .

(٥) في (أ) : « فكأنه » .

(٦) في (أ) : « بإشغال » .

(٧) في (أ) : « كهلاك » .

(٨) الواو زيادة من (أ) .

(٩) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٧٩) ، مغني المحتاج : (٢/١٣١) ، نهاية المحتاج : (٤/٢٦٥) .

(١٠) في (أ) : « بالدار » .

(١١) في (أ) : « وبالعبد » .

المحترف بالاستكساب ، (١ وفي الفَحْل ١) بإنْزَائه على الإناث إن لم يُنْقِصْ من قيمته ، وكذا (٢) الإنزاءُ على الأنثى إن لم ينقص الإحبالُ من قيمتها .

أما الغِراس (٣) في الأرض فممنوعٌ ؛ لأنه يُقلِّل الرغبةَ في الأرض إذا بِيعَت دون الغراس .

وذكر الربيع (٤) في الدَّيْن المؤجَّلِ وجهًا : أنه لا يُمْنَعُ [من] (٥) الغراس ، فربما تفي الأرضُ بجميع الدَّين ، أو تُوفَّى الزيادةُ من موضع آخر ، فإن لم يكن قلعٌ عند البيع ، أما في الحالِّ فلا منعَ ، وهو منقاسٌ .

التفريع : إن قلنا : يُمْنَعُ ، فلو غَرَسَ : قُلِعَ ، ولو حمل السيلُ النَّوَى فأنبت : لا يقلع في الحال ، ولكن عند البيع يقلع إن لم يتعلق حقُّ الغرماء به ، بالحَجْرِ (٦) عليه بالفَلَس ، فإن تعلق : لم يقلع ، وكذلك (٧) على مذهب الربيع إذا جُوِّز الغراسُ (٨) ، بل يباع الكلُّ ويُوزَّع الثمنُ ، وفي (٩ كيفية التوزيع ٩) كلامٌ سبق في التفريق بين الولد والأمِّ في الرهن .

فرع : ليس للراهن المسافرةُ بالعبد المرهون أصلًا ؛ لأنه حيلولةٌ عظيمة ، واليدُ مستحقةٌ للمرتهن فلا تُزَال إلا لضرورة ، والضرورةُ في الانتفاع ، لا في السفر .

وكذلك (١٠) لا يُسافر زوجُ الأمَةِ بها ، ويُسَافِرُ بها سيدُها ؛ تقديمًا لحقِّه وترغيبًا له في تزويجها ، ويسافر الزوجُ بزوجته الحرةِ ؛ لأن مقصودَ النكاح أغلبُ [وهو صاحبه] (١١) ، وهي صاحبةُ الحقِّ والحظِّ في النكاح .

(١) في (أ) : « وبالفحل » . (٢) في (أ) : « وكذلك » .

(٣) في (ب) : « الغرس » .

(٤) انظر : الأم : (١٤٥/٣ ، ١٤٦) ، روضة الطالبين : (٧٩/٤) .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) في (أ) : « لحجر » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « ولذلك » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « الغرس » . (٩) في (أ) : « كيفيته » .

(١٠) في (أ) : « ولذلك » . (١١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

وكذلك لو أمكن استسكابُ العبد في يد المرتهن : لم يُنتزع من يده [1] ، فإن لم يُحسن إلا الخدمةَ انْتُزع [من يده] [2] نهارًا ورُدَّ ليلًا ، وللمرتهن أن يُكلِّفه الإشهادَ عند الانتزاع في كل يوم ، وهل له أن يُكلِّفَ الراهنَ ذلك ، وهو مشهورُ العدالة ؟ فيه وجهان [3] .

فإن قيل : ما منعتموه من التصرفات ، لو أذِنَ فيه المرتهن ؟

قُلنا : لا يمتنع [4] [منه] [5] بإذنه ؛ فالحق لا يَعْدُوهُما ، ثم ما من ضرورته فسخُ الرهن كالإعتاق والهبة ؛ يرفع الرهن ، ولا قيمةَ عليه إذا أعتق بإذنه ، وله أن يَرْجِعَ عن الإذن قبل وقوع التصرف ، فإذا أذِنَ في الهبة فله الرجوعُ قبل القبض ؛ إذ به يَتِمُّ المأذونُ [فيه] [6] .

وفي الرجوع عن الإذن في البيع في مدة الخيار ، وجهان [7] :

فإن قيل : هل يتعلق حقُّه بالثمن [8] إذا أذن [8] في البيع [في مدة الخيار] [9] ؟

قُلنا : إن كان بعد حلول الدين وأذِنَ لأجْلِ قضاءِ حقِّه : فلا شكَّ ، وإن كان قبله ،

---

(١) قال في الروضة : « كلام الغزالي يدل على أنه لا يُنتزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه وإن طلب الراهنُ خدمتَه ، ولم يتعرض الأكثرُ لذلك . ومقتضى كلامهم : أن له الاستخدامَ مع إمكان الاستكساب . قلت : كلام الغزالي محمولٌ على موافقة الأصحاب ، وقد ذكرت تأويلَه في شرح « الوسيط » . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٨١/٤) .

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٣) قال في الروضة : « وفرّع الإمام والغزالي على الجواز : أنه إن وثق المرتهنُ بالتسليم فذاك ، وإلا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع ، فإن كان موثوقًا به عند الناس ، مشهورَ العدالة ، لم يكلف الإشهاد في كل أخذة على الأصح » انظر : روضة الطالبين : (٨١/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٧/٤، ٢٦٨) .

(٤) في (أ) : « يمنع » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) الأصح : أنه لا يصح رجوعُه عن الإذن في البيع في مدة الخيار ، كما في الروضة : (٨٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٩/٤) .

(٨) قوله : « إذا أذن » : ليس في (أ) .

(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

فإن أطلق : لم يكن الثمنُ عندنا رهنًا ، خلافًا لأبي حنيفة رحمة الله عليه [١] .

فإن [٢] قال : بشرط أن يُجْعَلَ الثمنُ رهناً ، ففي ذلك قولان [٣] ، مأخذه : جوازُ نَقْلِ الوثيقة إلى عينٍ أخرى .

وإن قال : بشرط أن يُعَجِّلَ حقِّي من الثمن : فالشرطُ فاسدٌ ، وكذا الإذن ؛ لأنه [ما] [٤] رضي [بالبيع إلا] [٥] بِعوَضٍ ، وهو التعجيلُ ولم يُسلم العوضَ ، بخلاف ما إذا قال للوكيل : بِعْ ، ولك من الثمن عشرةٌ أجرةً [٦] ، فإنه لم يَفْسدِ الإذنُ وفسد الشرطُ ؛ لأنه لم يقابل العوضَ بالإذن ، بل قابله بالعمل ، فعند الفساد يرجع إلى أجرة المثل .

فإن قيل : فمن مات وعليه دين ، فتعلَّقت الديونُ بتركته ، فما قولكم [٧] في [٨] تصرف الورثة فيها بالبيع ؟

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن الراهنَ لو أعتق أو وهب بإذن المرتهن بطل حقُّه من الرهن ، سواء كان دينًا حالًّا ، أو مؤجلًا ، وليس عليه أن يجعل قيمتَه رهنًا مكانه ، وكذلك الحكم لو باع بإذن المرتهن والدين مؤجل فلا ينتقل حقُّ المرتهن إلى القيمة ، إلا إذا أذن له مطلقًا بعد حلول دينه ، فيأخذ حقه من الثمن ويحمل إذنه المطلق على البيع لغرضه .

ومذهب الحنفية : أن المرتهنَ أحق بالرهن وبثمنه إن بِيعَ ، فينتقل حقُّ المرتهن من المبيع إلى بدله وهو الثمن ، فله حكمُ المبدل كالعبد المديون إذا بِيعَ برضا الغرماء انتقل حقهم إلى بدله .

انظر : روضة الطالبين : (٨٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٦٩/٤ ، ٢٧٠) ، مختصر الطحاوي : (٩٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٩/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٩/٢) .

(٢) في (أ) : « وإن » .

(٣) أظهر هذين القولين : أنه يبطل الإذن والبيع ، كما في الروضة : (٨٣/٤) .

(٤) ، (٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « عشرةُ أجزائه » .

(٧) في (أ) : « قولهم » .

(٨) قوله : « في » : ليس في (أ) .

قلنا : فيه طريقان [١] :

منهم من خَرَّج على قولي العبد الجاني ؛ لأنه ثبت شرعًا لا اختيارًا ، بخلاف الرهن .

ومنهم من قطع بالمنع ؛ نظرًا للميت ، ومبادرةً إلى تبرئة ذمته .

ثم اختلفوا في أن قولَ المنع هل يَطَّرد في الدين إذا لم يستغرق [٢] ؟

ومَنْ لم يطردْ علَّل بأن أكثرَ التركات لا تخلو عن [٣] دين ما ، فيبعد الحجرُ بسبب درهم في مالٍ كثير .

فإن قيل : فلو ظهر دينٌ بردِّ عِوَضٍ بالعيب ، وتوجَّهت المطالبةُ بالثمن بعد أن باع الورثةُ التركةَ ؟

قلنا : إن فرّعنا على المنع / من البيع ففي تتبُّعِه بالنقض [٤] وجهان [٥] ، من حيث ٨٤/أ إن الدينَ مُتَرَاخٍ وسببُه مُتقدِّمٌ ، وكذلك لو كان [٦] حَفَرَ بئرًا ، فتردَّى فيه بعد موته إنسانٌ ، وهاهنا أولى بأن لا يسند ؛ إذ الحفرُ ليس سببًا للهلاك بمجرده .

فإن قُلنا : لا يتبع بالنقض ، فإن وَفَّوْا بالدين [٧] فذاك ، وإلا فالأصح : أنه الآن

---

(١) قال في الروضة : « الديون التي على الميت تتعلق بتركته قطعًا ، وقد سبق في آخر باب زكاة الفطر أن هذا التعلق لا يمنع الإرث على الصحيح . فعلى هذا في كيفيته قولان ، ويقال : وجهان : أحدهما : كتعلق الأرش برقبة الجاني . وأظهرهما : كتعلق الدين بالمرهون ؛ لأن الشارعَ إنما أثبت هذا التعلق نظرًا للميت ، لتبرأ ذمتُه ، فاللائق به أن لا يسلط الوارث عليه » . انظر : روضة الطالبين : (٨٤/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٤/٢ ، ١٤٥) ، نهاية المحتاج : (٣٠٤/٤ ، ٣٠٥) .

(٢) ذكر في الروضة : أنه لا فرق بين كون الدين مستغرقًا للتركة ، أو أقل منها على الأصح للمنع من التصرف . انظر : روضة الطالبين : (٨٥/٤) . (٣) في (أ) : « من » .

(٤) في الأصل : « بالنقص » ، وفي (ب) : « النقض » ، والمثبت من (أ) .

(٥) الأصح : أن التصرفَ لا يُنقَض ، كما في الروضة : (٨٥/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٠٧/٤) .

(٦) كلمة : « كان » : ليست في (أ) .

(٧) في (ب) : « الدين » .

يفسخ ؛ إذ لا دينَ عليهم حتى يطالبوا [1] .

وفيه وجه : [2] أن ما مضى [2] وتعلق به حقُّ المشتري لا يفسخ ، فكأنهم قد فوَّتُوا التركةَ فعليهم الضمان .

* * *

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « حتى يطالبون » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قوله : « أن ما مضى » : ليس في (أ) .

الطرف الثاني : في بيان جانب المرتهن

وقد تحدَّد له استحقاقُ اليد في الحال ، واستحقاقُ البيع في تأنِّي الحال .

ولأجلِ استحقاق اليد وجب على الراهن التعهُّدُ والمؤنةُ لبقائه في يده ، ولا يجب على المرتهن الضمانُ بحكم هذه اليد ، ولا يملك الانتفاعَ والاستمتاعَ .

فهذه خمسة أمورٍ في جانبه لابدَّ من معرفتها :

الأول : استحقاق اليد في الحال .

وهو ثابتٌ بمطلق الرهن عند اللزوم بالقبض ؛ ولذلك يُرَدُّ ليلًا إليه عند الانتفاع نهارًا ، ولا تُزَال يدُه إلا خوفًا من فوات منفعةٍ مقصودةٍ ، فتقدم المنفعةُ المقصودةُ على اليد التابعةِ للحق ؛ لأنها [1] لا تُطْلَبُ إلا لحفظ محل الحق .

ولو شرط التعديلَ على يدِ ثالثٍ : جاز ، ويكون العدلُ نائباً عن المرتهن ؛ لأنه مستحقُّ اليد ، ولذلك لا يجوز شرطُ التعديل على يد المالك ؛ لأن يدَه لا تصلح للنيابة عن غيره ، وهو مستقلٌ بالملك .

وللراهن – أيضًا – حَظٌّ في يد العدل ، فإنه ربما لا يَثِقُ بيد المرتهن ؛ فلهذا لا يجوز للعدل أن يُسَلِّمَ إلى أحدهما دون إذن صاحبه ، ولا أن يُسَلِّمَ إلى ثالثٍ دون إذنهما [2] ، فإن فعل ضَمِنَ ، ثم إن سلَّم إلى المرتهن ضَمِنَ للراهن ، والقرارُ على المرتهن مهما تَلِفَ في يده .

وإن سلَّم إلى الراهن ضمن للمرتهن القيمةَ ؛ لتكون عنده رهنًا . فإذا قُضِيَ الدينُ رُدَّتْ إليه القيمةُ ، وله أن يُكلِّف الراهن القضاءَ ؛ لفَكِّ ملكه ، كما في المعير لأجْل الرهن .

فرع : لو تغير حالُ العدل بفِسْقِه ، أو جنايتِه على العبد قصْدًا ، أو بزيادة فسقٍ على ما عُهِد من قبل : فلكل [3] واحدٍ طلبُ إزالةِ يده إلى عدلٍ آخر .

---

(١) في (أ) : « فإنها » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « إذنه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فكل » ، والمثبت من (أ) .

الأمر الثاني : استحقاق البيع :

وهو ثابتٌ عند حلول الدين ، إن لم يُوَفِّ الراهنُ الدينَ [١] من موضعٍ آخر ، ولكن لا يستقل به المرتهنُ ، ولا العدلُ الذي في يده ، دون إذنِ الراهن ، أو إذن القاضي ، ولو باع العدلُ بإذنِ أحدهما : لم يصح ، بل لابدَّ من إذنهما . وفيه فروع أربعة :

الأول [٢] : أنه لو رجع أحدُهما عن الإذن : امتنع [٣] العدلُ عن [٣] البيع ، فرجوعُ [٤] الراهن عَزْلٌ ؛ فإنه الموكِّل ، وإذنُ المرتهن شرطٌ وليس بتوكيل ، ولذلك لو عاد المرتهنُ وأذِنَ [٥] بعد رجوعه : جاز ، ولم يَجِبْ تجديدُ التوكيل من الراهن .

ومساقُ هذا الكلام من الأصحاب مُشْعِرٌ بأنه لو عَزَلَ الراهنُ ثم عاد ووكَّل : افتقر المرتهنُ إلى تجديدِ الإذن ، وعليه يلزم – لو قيل به – أن لا يُعْتَدَّ [٦] بإذنه للعدل [٧] قبل توكيل الراهن ، فلْيَؤَخِّرْ عنه .

ويلزم عليه الحكمُ ببطلان رضا المرأة للوكيل [٨] بالنكاح قبل توكيل الوليِّ ، وكلُّ ذلك مُحتمَلٌ .

ووجه المساهلة : إقامةُ دوام الإذن مقامَ الابتداء تعلُّقًا بعمومه ، وأنه إن لم [يكن] [٩] يعمل في الحال [أولى بالاحتمال] [١٠] فليقدَّرْ مُضافًا إلى وقت التوكيل . وإذا احتملت الوَكالةُ التأقيتَ والتعليقَ كان الإذنُ أولى بالاحتمال .

الثاني : لو أذِن الراهنُ للعدلِ عند الرهن بالبيع عند حلول الأجل : لم يَفْتَقِرْ إلى مراجعته ثانيًا عند الحلول [١١] .

---

(١) كلمة : « الدين » : ليست في (أ) .
(٢) في (أ) : « أحدها » .
(٣) قوله : « العدل عن » : ليس في (أ) .
(٤) في (أ) : « ورجوع » .
(٥) في (ب) : « فأذن » .
(٦) في (أ) : « يعيد » .
(٧) في (أ) : « للوكيل » .
(٨) في (أ) : « بالتوكيل » .
(٩) زيادة من (ب) .
(١٠) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(١١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٩٠) ، مغني المحتاج : (٢/١٣٥) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٧٦) .

وفيه وجه : أنه لابد منه ؛ إذ قد يَسْمَحُ بالإذن في غير وقت البيع ، ثم يَرَى أن يُوَفِّيَ الدينَ من موضعٍ آخرَ في وقت الحلول .

الثالث : [أنه] [1] لو ضاع الثمنُ في يد العدل : فهو أمانة ، فلو سلَّمه إلى أحدهما دون إذنِ الثاني [2] : فهو ضامنٌ .

ولو أذِنَ له الراهنُ في التسليم إلى المرتهن ، فَسَلَّم وأنكر المرتهنُ : فهو ضامن ؛ لعجزه عن الإثبات ، فإن صدَّقه الراهنُ ونَسَبَه إلى التقصير في ترك الإشهاد ، ففي الضمان وجهان [3] .

ولو كان قد شَرَط الإشهادَ : فلا شَكَّ أنه يضمن ، ولو ادَّعى موتَ الشهود وصُدِّق : لم يضمن ، وإن كُذِّب فوجهان .

الرابع : إذا باع العدلُ بالغَبْنِ : بطل بيعُه ، وإن باع بثمنِ المثل - وهو في الحالِ يطلب بزيادةٍ - لم يصح ، وإن طلب في المجلس - أيضًا - انفسخ العقدُ ؛ لأنه في حكم الابتداء .

فإن أبى الراغبُ من قبول البيع بعد إظهاره ، فالأصح : أنَّا نتبيَّنُ أن الانفساخَ لم يكن ؛ إذ بانَ أن الزيادةَ لم يكن لها حقيقةٌ .

وفيه وجه : أنه لابد من تجديد العقد ، فإن الفسخَ قد وقع .

ثم في تجديد البيع من الأول ، والبيع من [4] الراغب [5] الثاني عند إطلاق الإذن ، وجهان :

أحدهما [6] : أنه لا يجوز إلا بإذنٍ مُجَدَّدٍ ؛ إذ الوَكالةُ الأولى انفسخت بالامتثال بالبيع الأول .

والثاني : الجوازُ ، وتنزيلُ البيع على ما يفيد ويتقرَّر ، وإخراجُ الأول عن كونه امتثالًا .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « الآخر » .

(٣) الأصح من هذين الوجهين : أنه يضمن ، كما في الروضة : (٩١/٤) ، نهاية المحتاج : (٢٧٧/٤) .

(٤) في (أ) : « أو » .

(٥) كلمة : « الراغب » : مكررة في (أ) .

(٦) في (أ) : « أحدها » .

الأمر الثالث : تعهُّدُ المرهون ومؤنتُه على الراهن :

وليس يمنع منه حتى من الفَصْدِ والحِجَامة والخِتَان ، ويمنع عن قطع سلعةٍ يخاف منها سِراية ، ويجب عليه كِراءُ [1] الإصطبل للدابة مع العَلَف .

وقال الشافعي / - رضي الله عنه - [2] : إذا رهنه ثمرةَ [الشجرة] [3] فعلى الراهن سَقْيُها وإصلاحُها وجِذاذُها وتشميسُها ، كما يكون عليه نفقةُ العبد ، و [قد] [4] قال ﷺ : « وعلى من يَحْلِبُه ويَرْكَبُه نفقتُه ، له غُنْمُه ، وعليه غُرْمُه » [5] . ٨٤/ب

فإن امتنع أجْبَرَه القاضي ؛ لحقِّ المرتهن ، هذا مذهبُ العراقيين ، وقالت [6] المراوزة : لا يلزمه الإنفاقُ [7] على الحيوان إلا [7] لحقِّ الله تعالى ، فلم يرهن منه إلا على ذلك .

فإن امتنع : بِيعَ جزءٌ من المرهون وجُعِلَ نفقةً له ، فإن خِيف استيعابُ المرهون بالنفقة أُلحق بما يتسارع إليه الفسادُ ، وبِيعَ بما لا يحتاج إلى نفقة .

وكذلك يُحْذَرُ من بيع البعض ؛ لأنه تَشْقِيصٌ ، فيُنْفَقُ عليه من منفعتِه وكسبه ، وإلا

---

(١) في (أ) : « كرى » .

(٢) انظر : الأم : (١٣٥/٣) ، مختصر المزني : (٢١٨/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٤٠/٦) .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) أخرج البخاري عن النبي ﷺ قوله : « وعلى الذى يركب ويشرب النفقة » (١٧٠/٥) . (٤٨) كتاب الرهن (٤) باب الرهن مركوب ومحلوب (٢٥١٢) ، وأبو داود : (٢٨٦/٣) () كتاب البيوع - باب في الرهن (٣٥٢٦) ، والترمذي : (٥٥٥/٣)(١٢) كتاب البيوع (٣١) باب ما جاء في الانتفاع بالرهن (١٢٥٤) ، وابن ماجه : (٨١٦/٢) (١٦) كتاب الرهون (٢) باب الرهن مركوب ومحلوب (٢٤٤٠) .

وقوله : « له غنمه وعليه غرمه » رواه البيهقي في السنن الكبرى : (٣٩/٦ ، ٤٠) ، ومعرفة السنن والآثار : (٢٢٩/٨ - ٢٣٣) ، والحاكم في المستدرك : (٥١/٢) ، وعبد الرزاق في مصنفه : (٢٣٧/٨ ، ٢٣٨) (١٥٠٣٣ ، ١٥٠٣٤) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣٥/٣ ، ٣٦) حديث رقم : (١٢٣١) ، (١٢٣٢) .

(٦) في (أ) : « وقال » . (٧) في (أ) : « إلا على الحيوان » .

فيباع ، ولعل الأول أصحُّ ، ويتأيَّدُ بالمكري فإنه يجب عليه عمارةُ الدار من عنده ؛ وفاءً بتقدير [1] ما التزم .

الأمر الرابع : المرهونُ أمانةٌ في يد المرتهن :

لا يسقط بتلفه شيءٌ من الدين ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - [2] ، فلو تصرف فيه بما لا يجوز : ضمن ضمانَ المغصوب [3] .

فروع أربعة :

أحدها : لو رَهَنَ عنده أرضًا وأذِن له في الغراس بعد شهرٍ ، فهو قبل الغراس أمانةٌ ، وبعده عاريةٌ مضمونةٌ ، والرهن مستمرٌّ ، فإن غَرَسَ قبل الشهر : قَلَع مجانًا ، وإن غرس بعد الشهر : لم يَقْلِعْ إلا ببدل .

الثاني : إذا كان الدينُ مؤجَّلًا بشهرٍ ، فقال : رهنت منك بشرطِ أن يكون مَبِيعًا منك بالدين عند حلول الأجل ، فالرهنُ فاسدٌ والشرط فاسدٌ ، ولكنه في الشهر الأول أمانةٌ ؛ لأنه مقبوضٌ على حكم الرهن ، وفي الثاني مضمونٌ ؛ لأنه مقبوضٌ على حكمِ شراءٍ فاسدٍ ، وللفاسد حكمُ الصحيح في الضمان .

---

(١) في (أ) : « تقرير » .

(٢) **مذهب الشافعية** : أن الرهن أمانةٌ في يد المرتهن ، فإن هلك فلا يسقط من الدين شيءٌ ، ولا يلزمه ضمانٌ إلا إذا تعدَّى فيه .

ومذهب الحنفية : أن الرهن مضمونٌ في يد المرتهن ، فإذا هلك كله أو بعضه سقط من الدين بقدره ، وإذا استوعب الدينَ سقط الدينُ كله .

انظر : الأم : (١٤٨/٣) ، التنبيه : (٧١) ، روضة الطالبين : (٩٦/٤) ، المجموع : (٣٨٢/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١٩٧/١) ، مختصر الطحاوي : (٩٣) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٥/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٥/٢) .

(٣) في (أ) : « الغصوب » .

ومنهم من استثنى ما إذا عَرَفَ فسادَ البيع فأمسكه [١] عن جهة الرهن .

التفريع : لو غَرَسَ بعد مُضِيِّ الشهرِ على ظنٍّ صحةِ البيع : لم يقلع غرسَه مجانًا ؛ لأنه مأذونٌ فيه في ضمن البيع ، ولو علم الفسادَ : قلع مجاناً ؛ لأنه حَرُمَ عليه ذلك ، فلا حرمةَ لقلعه [٢] .

الثالث : إذا ادَّعى المرتهنُ ردَّ الرهن أو تَلَفَه [٣] ، فالقولُ قوله - عند المراوزة - كما في المُودَعِ ، وطرَدُوا ذلك في المستأجر وأيدي الأمانات كلها .

وقال العراقيون : ذلك من خصائص الائتمان ؛ لأنه مصدَّقٌ بقوله إذا ائتمنه ، وألحقوا الوكيلَ بغيرِ أجرةٍ بالمودَعِ ، وذكروا في الوكيل بأجرةٍ وجهين [٤] .

الرابع : قال المراوزة : المرتهنُ من الغاصب و [٥] المستأجرُ منه على جهل ، حكمُهما [٦] حكمُ المودِعِ على جهل ، حتى [إنهم] [٧] يطالبون بالضمان والقرارِ على الغاصب .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أمسكه » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « لفعله » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « تلفها » ، والمثبت من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « إذا ادَّعى المرتهنُ تلفَ المرهون في يده ، قُبِلَ قولُه مع يمينه . وإن ادَّعى ردَّه إلى الراهن ، قال العراقيون : القول قول الراهن مع يمينه ؛ لأنه أخَذه لمنفعة نفسه ، فأشبه المستعير بخلاف دعوى التلف ، فإنه لا يتعلق بالاختيار ، فلا تساعده فيه البينةُ . قالوا : وكذا حكم المستأجر إذا ادَّعى الرد ، ويقبل قول المودَع والوكيل بغير جُعْل مع يمينهما ؛ لأنهما أمينان متمحضان . وفي الوكيل بجعل . والمضارب والأجير المشترك إذا لم تضمنه ، ذكروا وجهين . أصحهما : يقبل قولهم مع اليمين ؛ لأنهم أخذوا العينَ لمنفعة المالك ، وانتفاعهم بالعمل في العين ، لا بالعين ، بخلاف المرتهن والمستأجر . وهذه الطريقة هي طريقة أكثر الأصحاب ، لاسيما قدماؤهم . وتابعهم الروياني . وقال بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم : كل أمين يُصَدَّق في دعوى الرد ، كالتلف . فقد اتفقوا في الطرق على تصديق جميعهم في دعوى التلف . وفي عبارة الغزالي ما يقتضي خلافًا فيه . وليس هو كذلك قطعًا » . انظر : روضة الطالبين : (٤/٩٧) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « في » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « حكمها » .

(٧) زيادة من (أ) .

والعراقيون سَوَّوْا بين الكل ، وذكروا في مطالبتهم وجهين [١] ، وعند المطالبة ذكروا في قرار الضمان وجهين .

الأمر الخامس : تصرفات المرتهن :

وهو ممنوعٌ من جميعها قولًا وفعلًا ، وليس له الانتفاعُ أيضًا ، ولو وَطِئَ - مع العلم بالتحريم - فحكمُه حكمُ الزنا ، وإن جهل - وكان حديثَ العهد [٢] بالإسلام - فحكمه حكم الوطء بالشبهة .

ومنهم من قطع بسقوط الحدِّ ، وتردَّد [٣] في المهر والنسبِ وحرية الولد ؛ لضعف هذه الشبهة [٤] ، وهو بعيد .

ثم قال القاضي : من لا يعرف هذا القدر فكأنه لا معرفةَ له ، فإذا اكتفينا بهذا في إثبات الأحكام فينبغي أن نقول [٥] : المجنونُ إذا زنا فحكمُه حكمُ الوطء بالشبهة ، وإن أذِنَ الراهنُ وعَلِمَ التحريمَ [٦] فهو زانٍ .

وقيل : إن مذهبَ عَطَاءٍ إباحةُ الوطء بالإذن ، فيصير شبهةً ويلتحق بالوطء بالشبهة . فأما إذا ظنَّ الإباحةَ ، فهذه الشبهةُ أقوى .

---

(١) قال في الروضة : « لو رهن الغاصب المغصوبَ عند إنسان ، فتلف في يد المرتهن ، فللمالك تضمينُ الغاصب . وفي تضمينه المرتهنَ طريقان : قال العراقيون : فيه وجهان : أحدهما : لا ، لأن يده يد أمانة . وأصحهما : يضمن ؛ لثبوت يده على ما لم يأتمنه مالكه عليه . فعلى هذا وجهان : أحدهما : يستقر الضمانُ عليه ؛ لحصول التلف عنده ، ونزول التلف منزلةَ الإتلاف في الغصب . وأصحهما : يرجع على الغاصب لتغريره .

والطريق الثاني : القطع بتضمينه وعدم الاستقرار ، قاله المراوزة . ويجري الطريقان في المستأجر من الغاصب والمستودع والمضارب ووكيله في بيعه . وكل هذا إذا جهلوا الغصبَ فإن علموا فهم غاصبون أيضًا ، والمستعير منه والمشتَام يطالبان ويستقر عليهما الضمان ؛ لأنهما يد ضمان » . انظر : روضة الطالبين : (٩٨/٤) .

(٢) في (أ) : « عهد » .
(٣) في (أ) : « ترددوا » .

(٤) والأصح : ثبوت الجميع ، كما في الروضة : (٩٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٤/٤ ، ٢٨٥) .

(٥) في (ب) : « يقول » .
(٦) في (أ) : « بالتحريم » .

وفي المهر وجهان ، أحدهما : السقوط ؛ لإذنه .

والثاني [١] : الوجوب كما للمُفَوَّضَة [٢] ؛ إذ لا يؤثر الإذنُ في إسقاط عِوَضِ الأبضاع .

وفي قيمة الولد طريقان ، أحدهما : أنه كالمهر ؛ لأنه نتيجةُ الوطء .

والثاني : القطع بالوجوب [٣] ؛ لأنه لم يأذن في الاستيلاد ، وهذا يَنْقُضُه أن المرتهنَ لو أذِنَ للراهن نفذ استيلاده قطعاً .

* * *

---

(١) ذكر في الروضة أن الثاني هذا هو الأظهر ، مما يفيد أنه قول وليس وجهًا . انظر : روضة الطالبين : (٤/٩٩) .

(٢) في (أ) : « في المفوضة » .

(٣) وهذا الطريق هو المذهب ، كما في الروضة : (٤/٩٩) .

الطرف الثالث : في محل الوثيقة

وهو عين المرهون ، أو بدلها .

فأما بدلُ المنفعة ، كالكسب [1] والعُقْرِ ، أو الزيادةُ الحاصلةُ من العين ، كالولد واللبن والثمر [2] والصوف : فلا يتعدّى الرهنُ إليها عندنا .

وخالف أبو حنيفة - رحمه الله - [3] في الزيادات الحاصلة من العين ، وفي العقر - أيضًا - هذا إذا [4] كان الولدُ حادثًا علوقُه بعد الرهن وانفصالُه قبل الحاجة إلى البيع . فإن كان مُجْتَنًّا في الحالتين جميعًا [5] ، فيُباع [6] الحاملُ في حقه ولا ينظر إلى ما في بطنها . وإن [كان] [7] مجتنًّا عند العقد منفصلًا حالَ البيع ، ففيه قولان [8] ، مأخذه : الترددُ في الاستتباع ، وأن الحملَ هل يُعْرَف ؟ [فإنه إن لم يعرف لم يندرج ، وكأنه حدث الآن] [9] .

---

(١) في (أ) : « أو » .
(٢) في (أ) : « والثمرة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن زوائد المرهون المنفصلة كالثمرة ، والولد ، واللبن ، والبيض ، والصوف لا يَسْرِي إليها الرهن وكذا الأكساب والمهر ، وما أشبه ذلك مما يحدث بعد الرهن .

ومذهب الحنفية : أن كل ما يتولد من عين الرهن يسري إليه حكم الرهن ، ومالا فلا .

انظر : الأم : (١٤٤/٣) ، مختصر المزني : (٢١٦/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٠٨/٦) ، التنبيه : (٧١) ، روضة الطالبين : (١٠٢/٤) ، المجموع : (٣٦٢/١٢) . الهداية شرح بداية المبتدي : (٤٩٨/٤) ، رد المحتار على الدر المختار : (٥٢١/٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٥/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٢/٢) .

(٤) في (أ) : « إن » .
(٥) كلمة : « جميعًا » : ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « فتباع » .
(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « ولو رهن حاملًا ، واحتيج إلى بيعها حاملًا بيعت كذلك في الدين ، لأنّا إن قلنا : الحمل يعلم فكأنه رهنها ، وإلا فقد رهنها والحملُ محضُ صفةٍ . ولو ولدت قبل البيع ، **فهل الولد رهنٌ ؟** قولان . إن قلنا : الحمل لا يعلم فلا ، وإلا فنعم . وقيل : قولان ؛ لضعف الرهن عن الاستتباع » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٩/٤) .

(٩) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

وإن عَلِقَ بعد الرهن ، وكان مجتنًّا عند البيع ، فكذلك فيه قولان [١] .

فإن [٢] قلنا : إنه لا يُعْرَفُ ، فكأنه زيادةٌ متصلةٌ ، فلا كلام .

فإن [٢] قلنا : لا يتعلق بالحمل ، فلا يمكن بيعُ الأم دون الحمل ، ولا بيعُ الكلِّ مع التوزيع ؛ فإن قيمةَ الحمل لا تُعْرَف [٣] ، وقد تنقص القيمةُ بالحمل فتؤخَّر إلى وقت انفصال الولد .

أما بدلُ العين فيتعدَّى إليه الرهنُ ، ونعني به أرْشَ الجناية ، فإنه يُوضَعُ رهنًا ، وما دام في ذمة الجاني هل نُسَمِّيه مرهونًا [٤] ، أم نقول : زال الرهنُ ثم عاد عند التعيين ، كما نقول في العصير إذا انقلب [خمرًا ثم] [٥] خَلًّا ؟ فيه خلاف .

ثم الراهنُ بالمطالبة أولى ؛ فهو المالك ، فإن [٦] تكاسَلَ فللمرتهن المطالبةُ ، فإن أبرأ / الراهنُ : لم يَنْفُذ قطعًا ولم يلحق بالإعتاق ، وإن أبرأ المرتهنُ : لم يصح ، ولكن هل يكون ذلك فَسْخًا للرهن في حقه ؟ فعلى وجهين [٧] . ٨٥/أ

ووجه [٨] المنع : أن الفسخ كان تَحَصَّل ضمنًا للإبراء ، فإذا لم يحصل المتضمن فلا عمومَ لقوله ، فلا يحصل الضمنُ .

* * *

(١) قال في الروضة : « أما إذا حبلت بعد الرهن ، وكانت يوم البيع حاملًا ، فإن قلنا : لا يعلم بيعت ، وهو كالسمن وإلا فلا يكون مرهونًا ، ويتعذر بيعها ؛ لأن استثناءَ الحمل متعذر ، ولا سبيلَ إلى بيعها حاملًا وتوزيع الثمن ؛ لأن الحمل لا تُعرف قيمتُه » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٩٠/٤) .

(٢) في (أ) : « وإن » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « يعرف » ، والمثبت من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الذي رجّحه النووي في الروضة ، وهو الحكم بأنه مرهون . انظر : روضة الطالبين : (١٠٠/٤) .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « وإن » .

(٧) الأصح : أنه لا يكون فسخًا في حقه ، كما في الروضة : (١٠٢/٤) ، مغني المحتاج : (١٣٩/٢) .

(٨) في (أ) : « وجه » بدون الواو .

الطرف الرابع : في غاية الرهن وما به انفكاكُه

وهو بفسخ الرهن ، أو فوات [1] المرهون بغير بدل ، أو قضاءِ الدين .

أما الفسخ :

فلا يخفى ، وكذا فواتُ عين المرهون بأفةٍ سماوية ، ويلتحق به ما إذا فات الملكُ فيه بغيرِ بدلٍ ، وذلك إنما يكون بجناية العبد ؛ فإنه يتعلَّقُ الأَرْشُ برقبته .

فإن فداه السيدُ : استمر الرهن ، وإن بِيعَ في الجناية : فقد فات الملكُ ، وفات وثيقةُ الرهنِ ، ولا ضمانَ على الراهن ؛ لأنه لم يكن من جهته ، وإنما لم يَمْنَعُ الرهنُ حقَّ الجناية ؛ لأنه لا يزيد على حقِّ المالك . وقُدِّمَ حقُّ المجنيِّ عليه على حقِّ المالك ؛ مصلحةً في حَسْمِ الجنايات .

فأما إذا كانت الجنايةُ [2] متعلقةً بالسيد ، فلها ثلاثة أحوال :

إحداها : أن يجني على طَرَفِه ، أو على عبده بما يوجب القصاصَ ، فله قَتْلُه ؛ لأن مرتبتَه [3] لا تتقاعد عن رتبة الأجنبي . وإن عفا عن القصاص على مالٍ : فلا مطمعَ في فك الرهن [في قدر الجناية] [4] ؛ لأن السيدَ لا يثبت له دينٌ في ذمة عبده ، حتى ينبنيَ عليه التعلُّقُ بالرقبة ، ثم البيعُ فيه ، ثم فكُّ الرهن به .

وفيه وجه عن ابن سريج : أن له فكَّ الرهن في قَدْرِ الجناية ، ويَظْهَرُ أثرُ الجناية في حق المرتهن ، وإن لم يظهر في حقِّ العبد .

الثانية : إذا جنى على ابن الراهن فمات الابنُ ، وانتقل [الحقُّ] [5] إلى الراهن : فله القصاص ، وإن عاد إلى مالٍ ، فهل يستحق فَكَّ الرهن به ؟ ينبني على أن الملكَ الطارئَ هل يقطع دوامَ الدَّيْن الذي استحق قبل الملك ؟ وفيه خلاف .

وهذا في حكم دوام دينٍ ؛ لأنه استحق من قبل ، والإرثُ دوامٌ ، فإن قَتَل ابْنَ الراهن ، وقلنا : إن الديةَ تَثْبُتُ للقتيل أولًا ثم للوارث ، فحكمُه ما سبق .

---

(١) في (أ) : « بفوات » .

(٢) في (أ) : « الجنايات » .

(٣) في (أ) : « رتبته » .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

وإن قلنا : إنه [١] للوراث ابتداءً ، فهو كما لو جَنَى على الراهن ابتداءً .

ولو قتل الراهنَ ، فليس للابن فكُّ الرهن [به] [٢] قطعًا ؛ لأنه ليس يفيد في حقِّ المورِّث [٣] والوارث ، فإن المورِّثَ ها هنا هو المالكُ .

الثالثة : إذا جنى على عَبْدٍ آخرَ له مرهونٍ : إن كان من شخصٍ آخر ، فللراهن القصاصُ ، ولا مبالاةَ بفوات حق المرتهن . فإن عفا على مالٍ تعلَّقَ حقُّ مرتهنِ القتيل بالعبد . وإن عفا مطلقًا ، أو من غير مال ، فهو كعَفْوِ المفلسِ المحجور [عليه ؛ لأن الراهنَ محجورٌ عليه كالمفلس ، وعفوُ السيد عن المال يُنَزِّل جنايةَ العمد منزلةَ الخطأ] [٤] .

وإن كان موجبُه المالَ ؛ فيباع الجاني [٥] في حقِّ مرتهنِ القتيل ، فإن كان حقُّه يتأدَّى ببعض العبد القاتلِ ؛ لكونه دون قيمته : بِيع ذلك القدْرُ في حقه ، وبقي الباقى رهنًا عند مرتهنِ القاتل .

وإن لم يَرْضَ مرتهنُ القاتل بعَيْبِ التشقيص : يباع الكلُّ ، ويُوضَعُ الفاضلُ عن أرش الجناية رهنًا عنده .

ولو تساوت القيمتان ، وتراضى المالكُ ومرتهنُ القتيل بأن يُجْعَلَ العبدُ رهنًا بدلَ القتيل : جاز . وإن أبَى المرتهنُ – [أعني مرتهنَ القتيل] [٦] – فهل يُجْبَرُ عليه ؟ فيه وجهان [٧] .

---

(١) في (أ) : « إنها » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « المورُوث » .
(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٥) كلمة : « الجاني » : ليست في (أ) .
(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(٧) قال في الروضة : « ثم متى وجب المال نُظر : إن كان الواجبُ أكثرَ من قيمة القاتل أو مثلها ، فوجهان : أحدهما : ينقل القاتل إلى يد مرتهن القتيل ، ولا يباع ؛ لأنه لا فائدةَ فيه . وأصحهما : يباع ويجعل الثمن رهنًا في يده ؛ لأن حقه في مالية العبد لا في عينه ؛ لأنه قد يرغب راغب بزيادة ، وإن كان أقل من قيمة القاتل فعلى الوجه الأول : ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القتيل . وعلى الثاني : يباع منه بقدر الواجب ، ويبقى الباقي رهنًا ، فإن تعذَّر بيعُ البعض ، أو نقص بالتبعيض ، بِيعَ الجميعُ ، وجُعِل الزائدُ على الواجب عند مرتهن القاتل . وإنما يجيء الوجهان إذا طلب الراهنُ النقلَ ، ومرتهنُ القتيل البيعَ ، فأيهما يجاب ؟ فيه الوجهان » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٦/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٠/٢) .

أما إذا كان القتيلُ مرهونًا عنده أيضًا ، فإن كان بذلك الدينِ بعينه : **فهو فواتٌ محضٌ في حقه** . وإن كان بدينٍ آخرَ يخالفه في [1] القدر أو الجنس [1] أو مقدار الأجل ، فله أن يَفُكَّ الأولَ ؛ ليُباعَ ويُجْعَلَ رهنًا بالثاني .

وإن استوى الدَّيْنانِ من كل وجه ، قَدْرًا وجنسًا وأجَلًا ، فقال : بِيعُوه ؛ لينتقل حقِّي إلى ثمنه ، فإني لا آمَنُ جنايتَه . فهل يكون هذا من الأغراض المعتبرة ؟ فيه وجهان .

السبب الآخر في فَكِّ الرهن : قضاء الدين

وهو قسمان :

الأول : أن يُقضى من غير المرهون ، فإن قُضِيَ جميعُ الدين : انفكَّ الرهنُ ، وإن بقي من الدين درهمٌ : بقي جميعُ المرهون رهنًا ؛ فلا ينفك [2] ببعض الدين بعضُ المرهون ، بل الدينُ ينبسط [2] على أجزاء المرهون .

ولذلك نقول : لو مات أحدُ العبدين بقي الثاني رهنًا بالجميع ، وكذلك لو رهن عبدَيْن بألفٍ وسَلَّم أحَدهما : كان رهنًا عندنا [3] بجميع الألف ، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله .

فأما إذا تعدَّد العقدُ : لم يكن أحدهما متعلقًا بالآخر ، وذلك [4] بتعدده في نفسه ، كما إذا رهن نصفي عبدٍ في [5] صفقتَين بألفين ، ثم قضي أحدَهما : انفك أحدُ النصفين .

ولذلك [6] لو تعدَّد مُسْتَحِقُّ الدين ، كما إذا رهن من رجلين وقضى دينَ أحدِهما ، أو تعدَّد المُسْتَحقُّ عليه فارتهن من رجلين : فلا يَقِفُ حكمُ أحدهما على الآخر .

---

(١) في (أ) : « الجنس أو القدر » .

(٢) في (أ) : « من الرهن شيءٌ نقضًا بعض الدين ، فإن الدين منبسط » .

(٣) كلمة : « عندنا » : ليست في (ب) . (٤) قوله : « وذلك » : ليس في (أ) .

(٥) قوله : « في » : ليس في (أ) . (٦) في (أ) : « وكذلك » .

(١ ولا نَظَرَ ١) إلى اتحاد الوكيل وتعدُّدِه في باب الرهن ؛ لأنه ليس عقدَ عُهْدةٍ ، بخلاف صفقة البيع ، فإنها قد تتعدَّد بتعدد الوكيل .

وهل تتعدد بتعدد المالك ؟ فيه وجهان [٢] .

وصورتُه : أن يَسْتعير عبدًا من رجلين ويَرْهَنُه بألفين عليه ، (٣ ويرهن من شخصٍ واحد ، ثم سَلَّم ٣) ألفًا ، وقَصَد به فكَّ نصيبِ أحدهما : فمنهم من قال : لا يَنْفَكُّ ؛ نظرًا إلى اتحاد الدين والعقد ، ومنهم من نظر إلى تعدد المالك [٤] .

ولو استعار عبدَيْن من رجلين ، ففي التعدد وجهان مرتبان ، وأولى لانضمام تميز المرهون إلى تميز المالك .

ولو مات الراهنُ وخَلَّف ابنين ، ذكر صاحبُ التقريب قولين ، والصحيح [٥] : أن له حكمَ الاتحاد ، نظرًا إلى حال الرهن [٦] .

نعم ، لو مات [الراهنُ] [٧] (٨ قُبِلَ الرهنُ ٨) وتعلَّق الدينُ بالتركة بإقرار الابنين ،

---

(١) في (ب) : « فلا نظر » .

(٢) قال في الروضة : « إذا وكّل رجلان رجلًا برهن عبدِهما عند زيدٍ بدَيْنه عليهما ثم قضى أحدُ الموكلَيْن دينَه ، فقيل : قولان . والمذهب : القطع بانفكاك نصيبه ، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده . قال الإمام : لأن مدارَ الباب على اتحاد الدين وتعدده ، ومتى تعدَّد المستحق أو المستحق عليه تعدد الدينُ ويخالف هذا البيع والشراء ، حيث ذكرنا خلافًا في أن الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالمتبايعين ، أم بالوكيل ؟ لأن الرهنَ ليس عقدَ ضمانٍ حتى يُنظر فيه إلى المباشر » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٩/٤) .

(٣) في (أ) : « لشخص واحد ثم تسلم » .

(٤) والأظهر : الانفكاك ، كما في الروضة : (١٠٩/٤) .

(٥) ذكر في الروضة : أن الأظهر : أنه لا ينفك . انظر : روضة الطالبين : (١١٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٢/٢) .

(٦) في (أ) : « الراهن » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

فقضى أحدُهما نصيبَه : ففي انفكاك نصيبِه قولان ظاهران [١] ، من حيث إن التعدُّدَ مقترنٌ / بالابتداء ، وهو بناء على أن أحدَهما لو أقرَّ ، هل يُطالَبُ بتمام الدين ؟ ٨٥/ب

فرع : حيث يتميز الحكمُ بتعدُّد المالك ، فإذا قضى أحد الشريكين نصيبَه واستقسم المرتهن [٢] فكان [٣] الشيءُ مكيلًا أو موزونًا :

قال الشافعي – رضي الله عنه – [٤] : له ذلك ، وهو تفريعٌ على أن القسمةَ إفرازُ حقٍّ لا بيعٌ ، حتى يتصور في المرهون ، ثم يُراجِعُ القاضي الراهنَ فيه ، فإن أبَى أجْبَرَه [٥] عليه .

وفي مراجعة المرتهن وجهان ، من حيث إنه لا مِلْكَ له ، ولكنْ له حقٌّ ، فإن كانت القسمةُ قسمةَ تعديلٍ ، كما لو رَهَنَ رجلان عبدَيْن مشتركين ، ثم قضى أحدُهما نصيبَه وهما [٦] متساويا القيمة [٦] : ففي الإجبار عليها قولان .

فإن قلنا : يُجْبَرُ ، فالرجوع إلى المرتهن هاهنا أولى ؛ لأنه أقربُ إلى حقيقة البيع من قسمة الجزية [٧] .

---

(١) قال في الروضة : « ولو مات من عليه دينٌ ، وتعلَّق الدينُ بتركته ، فقضى بعضُ الورثة نصيبَه ، قال الإمام : لا يبعد أن يخرج انفكاكُ نصيبه من التركة على قولين ؛ بناءً على أن أحد الورثة لو أقر بالدين وأنكر الباقون ، هل على المقر أداءُ جميعِ الدين من نصيبه من التركة ؟ وعلى هذا البناء ، فالأصح : الانفكاك ؛ لأن الجديدَ : أنه لا يلزم أداءُ جميع الدين مما في يده من التركة » . انظر : روضة الطالبين : (١١٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٢/٢) .

(٢) في (أ) : « الراهن » ، وفي نسخة أخرى : « الراهن » ، كذا على هامش الأصل .

(٣) في (أ) : « وكان » .

(٤) انظر : مختصر المزني : (٢١٧/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٢٠/٦) ، المجموع : (٣٢٣/١٢) .

(٥) في (أ) : « أُجْبِر » .

(٦) في (أ) : « متساويان بالقيمة » ، وفي (ب) : « متساويان في القيمة » .

(٧) في (أ) : « الحرونة » ، وفي (ب) : « التجرية » .

القسم الثاني : [في] [١] قضاء الدين من ثمن المرهون ، [وذلك] [٢] ببيعه عند حلول الدين ، فلا يَستقِلُّ المرتهنُ به ، بل يرفعه إلى القاضي ، ثم القاضي لا يبيع بل يُكَلِّفُ الراهنَ قضاءَ الدين ، أو الإذنَ في البيع ، فإن أذِنَ وقال للمرتهن : بِعْه لي واسْتَوْفِ الثمنَ لي ، ثم اقْبِضْه لنفسك : صحَّ بيعه واستيفاؤه له .

وفي قَبْضِه لنفسه خلافٌ [٣] ، منشؤه : اتحادُ [٤] القابض والمُقْبِض [٤] ، فإن [٥] قال : بِعْه لي واستوفِ لنفسك : صحَّ البيع ، وبطل استيفاؤه لنفسه ؛ لأنه لم يتعين بعد مِلْكِ الراهن ، إذ لم يستوفِ له أولًا ، ولكن يَدْخُل في ضمانه ؛ لأنه استيفاءٌ فاسدٌ ، فله في الضمان حكمُ الصحيح .

ولو قال : بعه لنفسك : بطل الإذنُ ؛ إذ لا يُتصوَّرُ أن يبيع مالَ الغير لنفسه ، فلْيَقُلْ : بِعْه لي ، فإن قال : بع [٦] مطلقًا ففيه خلاف [٧] .

واختلفوا في تعليل المنع ، منهم من علَّل بأنه مستحقٌ للبيع ، فينصرف مطلقُ اللفظ إلى جانبه ، فهو كقوله : بعْ لنفسك .

ومنهم من علَّل بأنه متهمٌ في تَرْكِ المُمَاكسةِ ؛ لأنه في غرض نفسه يتحرَّكُ [٨] ، فعلى هذه العلةِ لو قدَّر [٩] الثمنَ ، أو كان قبل حلول الأجَلِ ، أو كان الراهنُ حاضرًا :

---

(١) زيادة من (ب) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) والأصح : بطلان قبضه لنفسه ، كما في الروضة : (٤/٨٩) .

(٤) في (أ) : « المقبض والقابض » . (٥) في (أ) : « وإن » .

(٦) في (ب) : « بعه » .

(٧) والأصح : صحة البيع ، كما في الروضة : (٤/٨٩) .

(٨) في (أ) : « متحرك » .

(٩) في (أ) : « عيَّن » .

قالوا بصحة (١) بيعه .

فرع : لو حضر الراهنُ مجلسَ القاضي وكلَّف المرتهنَ إحضارَ الرهن حتى يَقْضِيَ دينه : لم يلزمه معاملة (٢) ، بل عليه قضاءُ الدين . فإذا قضى فليس عليه (٣ أيضًا إحضارُه ٣) ؛ فإنه أمانةٌ (٤ في يده ، فليس عليه إلا التمكينُ من الأخذ ٤) .

* * *

(١) في (أ) : « يصح » .

(٢) كلمة : « معاملة » : ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « إحضاره أيضًا » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

الباب الرابع : في النزاع بين المتعاقدين

وهو في أربعة أمور : العقد ، والقبض ، والجناية ، وما يُوجِبُ فَكَّ الرهن [به] (١) .

النزاع الأول في العقد

ومهما اختلفا فيه فالقولُ قولُ الراهن ؛ لأن الأصلَ عدمُ الرهن .

فروع ثلاثة :

الأول (٢) : إذا تنازعا في قَدْرِ المرهون : فالقولُ قولُ الراهن (٣) ؛ لأن الأصلَ عدمُ الرهن ، فلو صادفنا في يد المرتهن أرْضًا وفيها نخيلٌ ، وادَّعى كونَ النخيل رهنًا ، فأنكر الراهنُ وجودَه لدى العقد : كفاه ذلك إن أمكن صدْقُه ويحلف عليه .

وإن (٤) كذَّبه الحِسُّ : فله أن يَحْلِفَ على نفي الرهن ، لا على نفي الوجود ، فلو (٥) استمر على إنكارِ الوجود على خلاف الحسِّ : جُعِلَ ناكلًا عن (٦) اليمين وردت اليمين على المرتهن ، فإن تَرَكَ ذلك ورجع إلى إنكار الرهن لم يُمْنَعْ منه ، وإن كذَّب نفسَه فيما سبق من إنكار الوجود .

الثاني : إذا ادَّعى رجلٌ على رجلين رَهْنَ عبدٍ [واحد] (٧) لهما عنده ، فكذَّبه أحدُهما وصدَّقه الآخرُ : فللمصدِّق أن يَشْهَدَ على المكذِّب ؛ لأن الشريكَ يَشْهَدُ على الشريك .

ولو ادَّعى رجلان على رجل رَهْنَ عبدٍ واحدٍ منهما ، فكذَّب أحدُهما فشهد

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أحدها » .

(٣) في (أ) : « المرتهن » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (ب) : « على » .

(٧) زيادة من (أ) .

المصدِّقُ للمكذِّب ، ففي قبوله وجهان [(١)] ينبنيان على أنه لو لم يشهد [(٢)] [له] [(٣)] هل كان المكذِّبُ يشاركه في نصفه ؛ مؤاخذةً له بتصديق ؟

وكذا الخلاف فيما لو ادَّعيا هبةَ عبدٍ ، فصدَّق أحدُهما ، فهل يأخذ المكذِّبُ مما سُلِّمَ له النصفُ ؟

ولا خلافَ في أنهما لو ادَّعيا وراثةَ عبدٍ ، فصدَّق أحدُهما يشاركه [(٤)] المكذِّبُ فيه .

الثالث : لو ادَّعى رجلان (° على رجلٍ واحدٍ °) أنه رَهَنَ عبده منه على الكمال ، فصدَّق أحدُهما : سُلِّم إليه ، وهل يَحْلِفُ للثاني [(٦)] ؟

ينبني على أنه لو أقرَّ للثاني ، هل كان يَغْرَمُ له ؟ [و] [(٧)] فيه قولا ضمانِ الحيلولة .

فإن قال : رَهَنْتُ من أحد كما [(٨)] ونَسِيتُ [(٩)] ، فيحلف على نَفْيِ العلم ، فإن نَكَلَ رُدَّ [(١٠)] [اليمينُ] [(١١)] عليهما ، فإن تحالفا ، أو تناكلا : فسخ القاضي الرهنَ ؛ لتعذر الإمضاء .

وإن حلف الراهنُ على نفي العلم ، فالصحيح : أنهما يتحالفان كما لو نكل ، وفيه

---

(١) قال في الروضة : « وهل تُقْبَل شهادةُ المصدِّق للمكذِّب ؟ قال ابن كج : نعم ، وقال الآخرون : لا . وحكى الإمام والغزالي وجهين ؛ بناءً على أن الشريكين إذا ادّعيا حقًّا أو ملكًا بابتياع أو غيره فصدق أحدُهما ، هل يَستبد بالنصف ، أم يشاركه الآخرُ فيه ؟ فيه وجهان : إن قلنا : يستبد ، قبلت ، وإلا فلا ؛ لأنه متهم . وقال البغوي : إن لم ينكر إلا الرهن قُبل ، وإن أنكر الرهن والدين ، فحينئذٍ يفرّق بين دعواهما الإرثَ وغيره » . انظر : روضة الطالبين : (١١٤/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٩٩/٤) .

(٢) قوله : « يشهد » : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « شاركه » .

(٥) في (أ) : « كل واحد » .

(٦) أظهر القولين : عدم التحليف للمكذب . انظر : روضة الطالبين : (١١٥/٤) .

(٧) الواو زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « أحدهما » .

(٩) في (أ) : « نسيته » .

(١٠) في (أ) : « رُدَّت » .

(١١) زيادة من (أ) .

وجه : أنه انتهت الخصومةُ .

أما إذا كان في يد أحدهما ، وأقرّ [1] الراهنُ للثاني (٢ بعد وقوع الاتفاق على جريان رهنٍ وقبضٍ مع كل واحد ، لكنْ وَقَع النزاعُ في السبق ٢) ، فقولان :

اختيار المزني [3] : ترجيحُ اليد على الإقرار ، وهو ضعيف .

والأصح [4] : النظرُ إلى مُوجِبِ الإقرار .

ثم فرع المزني وقال : لو قال صاحبُ اليد : كان في يد المقر له قبل هذا ولكن غَصْبًا ، (٥ فيقال له : اعترفت ٥) باليد ، وادَّعيت الغصبَ : فهو في يده إذاً لا في يدك .

* * *

---

(١) في (أ) : « فأقر » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٢١٧/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٢٤/٦) ، روضة الطالبين : (١١٥/٤) .

(٤) ذكر في الروضة أنه الأظهر ؛ لكونهما قولين . انظر : روضة الطالبين : (١١٥/٤) .

(٥) في (أ) : « فيقال : اعترفت له » .

النزاع الثاني : في القبض

والقولُ (١ فيه أيضًا ١) قولُ الراهن [أيضًا] (٢) إذ الأصلُ عدمُه إذا كان في يد الراهن ، فإن كان عند النزاع في يد المرتهن فكذلك (٣) القولُ قولُه (٤) إن قال : غَصَبْتَنيه ، وفيه وجه بعيد .

وإن قال : أعَرْتُكَه (٥) ، أو أكْرَيْتُكَه ، أو أوْدَعْتُكه ، فوجهان (٦) .

ووجه الفرق : أنه أقرَّ بقبضٍ مأذونٍ فيه ، ويُجْرِيَان الرهنَ ، وهو يدَّعي صَرْفَه عن جهة الرهن ، فالظاهر (٧) : خلافه .

وكذا الخلاف (٨ إذا قال / المشتري ٨) للبائع : أَعَرْتُكَ المبيعَ بعد قبض (٩) (١٠ المبيع ٨٦/أ عن جهة البيع ١٠) ، وقال البائع : بل هو محبوسٌ بأصل الثمن ، (١١ وحقُّ الحبسِ لا يبطل بالإعارة ١١) .

ولو اتَّفقا على أن الراهنَ أذِنَ في القبض ، وقال الراهن : لم نقبض بعد ، فإن كان في يده : فالقول قوله ، وإن كان في يد المرتهن : فهو المصدّق به (١٢) .

فرع : لو قامت بينةٌ على الراهن بالإقباض بعد إنكاره ، فقال : كَذَب الشهودُ ، لم

---

(١) في (ب) : « أيضًا فيه » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فلذلك » ، والمثبت من (أ) .

(٤) أي : الراهن .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « أجَّر تكه » ، والمثبت من (أ) .

(٦) الأصح – وهو المنصوص – من هذين الوجهين : أن القول قول الراهن . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١١٧) ، مغني المحتاج : (١٤٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٩٩/٤ ، ٣٠٠) .

(٧) في (أ) : « والظاهر » . (٨) قوله : « إذا قال المشتري » : مكرر في (أ) .

(٩) في (أ) : « قبضه » . (١٠) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(١١) ما بين القوسين ليس في (أ) . (١٢) قوله : « به » : ليس في (أ) .

يلتفت إليه . فلو شَهِدُوا على إقراره ، فقال : صَدَقُوا ، لكنِّي كَذَبْتُ في الإقرار ، فيه [1] ثلاثة أوجه [2] :

أحدها : أنه لا يقبل ؛ كما لو أقرَّ في مجلس القضاء ، ثم رجع .

والثاني : يقبل ؛ لأنه ممكنٌ ، [3] فليتمكن من [3] تحليفِ الخَصْم على نفي العلم بذلك .

والثالث - وهو الأعدل - : أنه إن قال : غَلَطْتُ لوصول كتابِ وكيلٍ لي ، أو أشهدت على الرسم في القبالة قبل التحقيق : فيسمع حتى يحلف الخصم . وإن قال : كذبت عمدًا ، فلا [يسمع] [4] .

* * *

---

(١) في (أ) : « ففيه » .

(٢) قال في الروضة : « ولو قامت البينةُ على إقراره بالإقباض في موضع الإمكان ، فقال : لم يكن إقراري عن حقيقة ، فحلِّفوه أنه قبض ، نُظِر ، إن ذكر لإقراره تأويلًا ، بأن قال : كنت أقبضته بالقول ، وظننت أنه يكفي قبضًا ، أو وقع إليّ كتاب على لسان وكيلي بأنه أقبض وكان مزوّرًا ، أو قال : أشهدت على رسم القبالة قبل حقيقة القبض ، فله تحليفه . وإن لم يذكر تأويلًا فوجهان : أصحهما عند العراقيين : يحلفه ، وبه قال ابن خيران وغيره ، وهو ظاهر النص . وأصحهما عند المراوزة : لا ، وبه قال أبو إسحاق .

قلت : طريقة العراقيين أفقه وأصح . والله أعلم .

وقد حكى في « الوسيط » وجهًا : أنه لا يحلفه مطلقًا وإن ذكر تأويلًا ، وهذا الوجه غريب ضعيف مخالف لما قطع به الأصحاب » . انظر : روضة الطالبين : (١١٧/٤ ، ١١٨) ، مغني المحتاج : (١٤٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٠٠/٤) .

(٣) في (أ) : « فليمكن من » .

(٤) زيادة من (أ) .

النزاع الثالث : في الجناية

إن جنى على المرهون ، واعترف الجاني ، وصدَّقه الراهنُ دون المرتهن : غَرِمَه [١] للراهن ، ولم يتعلق بالأَرْش حقُّ المرتهن ، وإن صدَّقه المرتهنُ دون الراهن : غرم للمرتهن .

فإن قضى الراهنُ دَيْنَه من موضع آخر : انفك الرهنُ ، وبقي هذا مالاً [٢] لا يدَّعيه أحدٌ لنفسه ، فهو لبيت المال ، أو يُرَدُّ على الجاني ؟ فيه خلاف [٣] .

أما إذا جنى المرهونُ ، واعترف به المرتهنُ : فالقول قولُ الراهن .

وإذا [٤] بِيعَ العبدُ في دين المرتهن : لم يكن للمجنيِّ عليه إخراجُ الثمن من يد المرتهن ؛ مؤاخذةً له بقوله ؛ لأن حقَّ المجنيِّ عليه لا يتعلَّق بالثمن إن صحَّ البيع ، وإن بطل فكمثل ؛ لأن الثمنَ للمشتري لا للمرتهن والراهن .

أما إذا اعترف [به] [٥] الراهنُ دون المرتهن ، أو قال الراهنُ ابتداءً : رَهَنْتُه [٦] بعد الجناية المستغرقة ، أو كان مغصوبًا أو مُعْتَقًا ، ففي قبول إقراره ثلاثةُ أقوال [٧] كما في العتق [٨] ، إذا تعارض قيامُ الملك وانتفاءُ التهمة مع تعلق حقِّ المرتهن ، ويجري هذا الخلاف في العبد المستأجر .

(١) في (أ) : « غرم » . (٢) في (أ) : « مال » .

(٣) الأصح : أنه يُرد الأرش إلى الجاني ، كما في الروضة : (٤/١١٩) .

(٤) في (أ) : « فإذا » . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « رهنه » . (٧) في (أ) : « أقاويل » .

(٨) قال في الروضة : « الحال الثاني : تنازعا في جنايته قبل لزوم الرهن ، فأقر الراهن بأنه كان أتلف مالًا ، أو جنى جناية توجب المال ، فإن لم يعين المجني عليه ، أو عينه فلم يصدقه ، أو لم يدّع ذلك ، فالرهن مستمرٌ بحاله . وإن عينه وادّعاه المجني عليه نُظِر ، إن صدقه المرتهن بِيَع في الجناية ، والمرتهن بالخيار إن كان الرهن مشروطًا في بيع ، وإن كذبه فقولان ؛ أظهرهما : لا يقبل قول الراهن ؛ صيانةً لحق المرتهن . والثاني : يقبل ؛ لأنه مالك . ويجرى القولان فيما لو قال : كنت غصبته ، أو اشتريته شراءً فاسدًا ، أو بعته ، أو وهبته وأقبضته وأعتقته . ولا حاجة في صورة العتق إلى تصديق العبد ودعواه ، بخلاف المقر له في باقي الصور . وفي الإقرار بالعتق قول ثالث : أنه إن كان موسرًا نفذ ، وإلا فلا ، كالإعتاق . ونقل الإمام هذا القول في جميع هذه الصور » . انظر : روضة الطالبين : (٤/١١٩) .

والصحيح : أنه لا يجري [١] [٢] في المبيع إذا قال : كنت أعتقته قبل البيع ؛ إذ لا مِلْكَ في الحال .

والصحيح : أنه لا يجري فيه [٢] إذا لم تكن الجنايةُ مستغرقةً ؛ لأن التهمةَ قائمةٌ .

التفريع :

إن قُلنا : لا يُقبل إقرارُه فيحلف [٣] المرتهنُ [٤] على نفي العلم [٤] ، فإن حلف فهل يَغْرَمُ الراهنُ للمجني [٥] عليه ؟ ينبني على قولَيِ الغُرْمِ بالحيلولة [٦] .

وإن نكل فَتُرَدُّ اليمينُ على المجني عليه ، أو الراهن ؟ فيه [٧] قولان [٨] :

إن [٩] قلنا : على المجني عليه ، فإن حلف : استحق [عليه] [١٠] ، ولم يغرم الراهنُ للمرتهن ؛ لأنه أبطل حقَّ نفسِه بنكوله ، [١١] وإن نكل فات المرتهنَ به ، ولم يغرم الراهنُ للمجني عليه شيئًا ؛ لأنه أبطل حقَّ نفسه بنكوله [١١] .

وإن قُلنا : تُرَدُّ على الراهن : فإن حلف سلّم للمجني عليه ، وإن نكل فهل للمجني عليه أن يحلف [له] [١٢] ويقول : ليس لك أن تُبْطِلَ حقي بنكولك ؟ فيه

---

(١) في (أ) : « تجري » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فهل يحلف » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « المجني » .

(٦) قال في الروضة : « فهل يغرم الراهن للمجني عليه ؟ قولان : قال الأئمة : أظهرهما : يغرم » . انظر : روضة الطالبين : (١١٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٠٢/٤) .

(٧) قوله : « فيه » : ليس في (أ) .

(٨) أظهر هذين القولين : أن اليمين تُرَدُّ على المجني عليه ، كما في الروضة : (١٢٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٠٢/٤) .

(٩) في (أ) : « فإن » .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(١٢) زيادة من (أ) .

قولان [١] .

ووجه [٢] المنع : أن يمينَ الردِّ قد انتهت نهايتُها بنكول المردودِ عليهِ [أعني الرهن][٣] .

وإن قُلنا : يُقبَلُ إقرارُه ، فهل للمرتهن تحليفُه ؟ وجهان [٤] :

ووجه [٥] المنع : أنه أقرَّ على ملكِ نفسه .

فإن قُلنا : لا يحلف ، فقد تبينا بطلانَ الرهنِ ؛ تصديقًا له ، فليس للمرتهن إلا الخيارُ في البيع الذي شرط فيه الرهنَ - إن كان قد شرط .

وكذلك إن قُلنا : إنه يحلف ، فحلف . وإن نكل المقرُّ : حلف المرتهنُ ، وفي نتيجة حلفه قولان : أحدهما [٦] : تقرير العبد في يده .

والثاني : أن يَغْرَمَ له الراهنُ .

فإن [٧] قلنا : بالغُرْم ، فهل يثبت له خيارُ الفسخ في البيع المشروط فيه ، ولم يُسلِّم عينَ العبد المشروط وإنما يُسلم [٨] قيمتَه ؟ فيه وجهان [٩] .

ووجه منع الخيار : أنه يُجعل بإقراره مُتْلِفًا بعد الإقباض وغارمًا ، وذلك لا يُوجب الخيار .

فإن قيل : فلو أقرَّ الراهنُ بالاستيلاد ؟

---

(١) ويقال : وجهان . أصحهما : لا يحلف له ؛ لأن اليمينَ لا تُرد مرة بعد أخرى . انظر روضة الطالبين : (١٢٠/٤) .

(٢) في (أ) : « وجه » بدون الواو .　　　　(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٤) أصح هذين الوجهين عند الشيخ أبي حامد ومن وافقه : أن الراهن يحلف لحق المرتهن ويحلف على البت . انظر روضة الطالبين : (١٢٠/٤ ، ١٢١) .

(٥) في (أ) : « وجه » بدون الواو .　　　　(٦) وهذا القول الأظهر كما في الروضة : (١٢١/٤) .

(٧) في (أ) : « وإن » .　　　　(٨) في (أ) : « سلم » .

(٩) أصح هذين الوجهين : أنه يثبت للمرتهن الخيار في فسخ البيع ، كما في الروضة : (١٢١/٤) .

قلنا : يَثْبُتُ حريةُ الوِلد والنسب ، وفي أمية الولد ما ذكرناه [١] في العتق ، [٢] وزِيدَ هاهنا أمْرٌ [٢] ، وهو أنها [٣] لو أتت [بولدٍ] [٤] لأقلَّ من ستةِ أشهر من وقت الرهن كان كدعوى [٥] العتق قبل الرهن ، وإن كان لأكثر فلا ؛ لأنه يُحْتمل تراخيه عن الرهن فلا يُقبل ، فهو كما [٦] لو اعترف باستيلادٍ متراخٍ [٧] ، فإن قلنا : لا يَنْفُذُ استيلادُه إذا صدق ، فلا كلام .

وإن قُلنا : ينفذ ، ففي إقراره وجهان [٨] ، مأخذه : إقرارُ المبذر بإتلاف أو طلاقٍ [٩] ؛ لأنه أقرَّ بما ينفذ لو أنشأه ، ولكنه ممنوعٌ من إنشائه شرعًا .

* * *

---

(١) في (أ) : « ذكرنا » .

(٢) في (أ) : « ونزيد هاهنا أمرًا » .

(٣) في (ب) : « أنه » .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (ب) : « لدعوى » .

(٦) في (أ) : « كما » ، وفي نسخة أخرى : « كما » ، وفي نسخة أخرى أيضًا : « أو » كذا على هامش الأصل .

(٧) في (أ) : « متأخر » ، وفي الأصل ونسخة (ب) : « متراخي » وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) قال في الروضة : « وإن كان لستة أشهر فأكثر إلى أربع سنين ، فقال الراهن : هذا الولد منِّي ، وكنت وطئتها قبل لزوم الرهن ، فإن صدقه المرتهن ، أو قامت بينة ، فهي أمُّ ولد له ، والرهن باطلٌ ، وللمرتهن فسخُ البيع المشروط فيه رهنها . وإن كذَّبه ولا بينة ، ففي قبول إقراره لثبوت الاستيلاد قولان ، كإقراره بالعتق ونظائره ، والتفريع كما سبق . وعلى كلِّ حال فالولد حر ثابتُ النسب عند الإمكان . ولو لم يصادف ولدًا في الحال ، وزعم الراهن أنها ولدت منه قبل الرهن ، ففيه التفصيل السابق والخلاف ، وحيث قلنا : يحلف المجني عليه ، تُحلَّف المستولدة ، فإنها في مرتبته ، وفي العتق يحلف العبد . قلت : ولو أقر بأنه استولدها بعد لزوم الرهن ، فإن لم ينفذ استيلاده لم يقبل إقراره ، وإلا ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعنف ، أصحهما : يقبل » . انظر : روضة الطالبين : (١٢٢/٤) .

(٩) تعليق في هامش (أ) يقول : « جنيد : قوله : أو طلاق غلط فإن طلاق المبذر في نفوذه » .

النزاع الرابع : فيما يَفُكُّ الرهنَ

وفيه أربعة فروع :

الأول : (١ إذا كان المرتهنُ أذِنَ ١) في بيع الرهن ، وباع الراهنُ ، ورجع المرتهنُ وادَّعى أنه رجع قبل بَيْعه ، وقال الراهن : (٢ بل رَجَعْتَ بعد البيع ٢) ، فالأظهر (٣) : أن القولَ قولُه ؛ فإن الأصلَ عدمُ الرجوع ، ويعارضه أن الأصلَ عدمُ البيع ؛ فيبقى أن الأصلَ استمرارُ الرهن .

وقيل : إن القولَ قولُ الراهن ؛ إذ المرتهنُ اعترف بالإذن والبيع ، ويدَّعي رجوعًا سابقًا [و] (٤) الأصلُ عدمه .

الثاني : لو (٥) سَلَّم (٦) إلى المرتهن ألفًا به رهنٌ ، وله على الراهن ألفٌ آخرُ لا رهنَ به ، فتنازعا ، وقال (٧) الراهن : سَلَّمْتُه عن جهة الرهن فانفكَّ ، فالقول قوله ؛ لأنه يختلف بنِيَّتِه وهو أعرفُ به (٨) ، والعبرةُ بنيته حتى لو ظن المرتهنُ أنه أوْدَعَه وهو قصَدَ قضاءَ الدين ، حصل الملكُ دون قصد التمليك (٩) .

ولو قال المؤدِّي : ما قصدت شيئًا ، فوجهان :

أحدهما : التوزيعُ على الدَّيْنَيْنْ .

والثاني (١٠) : أنه يُقال له : الآن ينبغي أن تنوي ما تريد .

---

(١) في (أ) : « إذا أذن المرتهن » . (٢) ما بين القوسين ليس في (ب) .

(٣) قال في الروضة : « فالقول قول المرتهن على الأصح عند الأكثرين » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١٢٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ١٤٤) نهاية المحتاج : (٣٠٢/٤) .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) قوله : « لو » : ليس في (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « يسلم » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « فقال » . (٨) أي : بالرهن ، وفي (أ) ، (ب) : « بها » أي : بنيته .

(٩) في (أ) : « التملك » .

(١٠) وهذا الوجه : هو الأصح كما في الروضة : (١٢٣/٤ ، ١٢٤) ، مغني المحتاج : (١٤٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٠٣/٤ ، ٣٠٤) .

وكذا الخلاف في الوكيل عن جهة مستحقَيْن ، إذا قبض ثم / اختلفوا في الجهة . ٨٦/ب

الثالث : إذا باع العدلُ المرهونَ بالإذن وادَّعى تسليمَ الثمن إلى المرتهن ، فالقولُ قول المرتهن ؛ لأنه ليس أمِينَه إلا في حفظ المرهون ؛ فلا يلزمه [١] تصديقه في الثمن الذي هو بذلُ المرهون ، ولا يجوز صَرْفُه إلى المرتهن إلا بإذن الراهن .

ثم للمرتهن مطالبةُ مَنْ شاء من العدل والراهن ، فإن ضمن العدلُ : لم يرجع [٢] على الراهن ؛ لأنه مظلومٌ بزَعْمِه [٣] ، ولا يرجع إلا على مَنْ ظَلَمه .

الرابع : [إذا] [٤] تنازعا في عيب المرهون أنه قديمٌ يُثْبِتُ خيارَ الفسخ في البيع المشروط فيه ، أم حادثٌ ؟

القولُ [٥] قول الراهن ؛ إذ الأصلُ عدمُ العيب ، ولذلك كان القولُ قولَ البائع في مثل هذه الصورة .

ولو قال المرتهن : أَقْبَضْتَني العصيرَ المرهونَ بعد انقلابه خمرًا [٦] ، وقال الراهن : بل قَبْلَه ولا [٧] فَسْخَ لك ، فقولان : أحدهما [٨] : أن الأصلَ بقاءُ الحلاوة .

والثاني : [٩] أن الأصلَ عدمُ القبض الصحيح [٩] ، والراهنُ يدَّعيه ، وهذا يلتفت على أن المدعى هو الذي يحكي ، وسكوته وهو المرتهن هاهنا ، أو من يدَّعي خلافَ الظاهر ، وهو الراهنُ هاهنا ؟ وفيه قولان .

وهذا تنازعٌ [١٠] بالحقيقة يرجع إلى العقد والقبض ، فليُلْحَقْ [١١] بالقسم الأول .

* * *

---

(١) في (أ) : « يلزم » .

(٢) في (أ) : « نرجع » .

(٣) قوله : « بزعمه » : ليست في (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « فالقول » .

(٦) كلمة : « خمرًا » : ليست في (أ) .

(٧) في (أ) : « فلا » .

(٨) وهذا القول هو الأظهر ، كما في الروضة : (١٢٥/٤) .

(٩) في (أ) : « أن القبضَ الصحيحَ الأصلُ عدمُه » .

(١٠) في (أ) : « التنازع » .

(١١) في (أ) : « فيلتحق » .

فهرس محتويات المجلد الثالث